حماية المستهلك الالكتروني

في القانون الدولي الخاص



دكتــور

محمد الحسني

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

٢٠١٣

حماية المستهلك الالكتروني

في القانون الدولي الخاص

دكتور
محمـد الحسـني

دار النهضة العربية
٢٢ شارع عبد الخالق ثروت- القاهرة
٢٠١٤م

حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص

دكتور
محمد الحسني
دكتوراة في الحقوق
جامعة القاهرة

رقم الإيداع ٢٠١٣/١٩١٢٦
الرقم الدولي
I.S.B.N
978-977-04-7396-2

حماية المستهلك الالكتروني
في القانون الدولي الخاص

قال الله تعالى

"يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ"

سورة البقرة الآية ٢٦٩

ومن الأقوال المأثورة

يقول سفيان بن عيينة رحمه الله تعالى: " أوّلُ العِلْمِ حُسْنُ الاسْتِماعِ، ثُمَّ الفَهْمُ، ثُمَّ الحِفْظُ، ثُمّ العملُ، ثُمَّ النّشْرُ.. فإذا استمعَ العبدُ إلى كتاب الله تعالى وسنة نبيه بِنِيَّةٍ صَادِقَةٍ على ما يُحِبُّ الله تعالى، أَفْهَمَهُ كما يُحِبُ، وجَعَلَ لَهُ في قَلْبِهِ نُوراً".

تفسير القرطبي الجزء ١١، ص١٧٦.

إهداء

الى وطني الحبيب الأرض الطيبة من نفس الرحمن، موطن الإيمان والحكمة، وفاءً وعرفاناً بالجميل.

إلى روح والدي الذي كان القدوة والمعلم الأول في حياتي والذي ورثت عنه نبل الاخلاق وحب المثابرة والاجتهاد، غفر الله له وأسكنه فسيح جناته.

إلى أمي الغالية التي أرضعتني حب التواضع الذي هو الطريق الى العلياء، أطال الله في عمرها وأصلح لها دنياها وأخراها.

إلى إخواني الذين هم سند ظهري ورفعة مقامي بارك الله فيهم جميعا.

إلى زهرة الربيع الغالية زوجتي الحبيبة التي بصبرها أبصرت النور وبحبها سكنت الفرحة قلبي.

إلى ولديّ أسامة وأيهم قُرّة عيني الذي أسأل الله لهما الهداية والتوفيق.





ولو أنني أوتيت كل بلاغةً ❖❖❖❖❖ وأفنيت بحر النطق في النظم والنثر

لما كنت بعد القول إلا مقصراً ❖❖❖❖❖ ومعترفا بالعجز عن واجب الشكر

يسرني أن أتقدم بخالص الشكر ووافر الامتنان على ما وجدت وما أوتيت وما كان لي من نصح وتوجيه وارشاد لمن يستحق الشكر بمعنى عبارة الشكر والتقدير.

فهي كلمات شكر إلى ينبوع عطاء تدفق بالخير الكثير ..

إلى أستاذي ومشرفي العظيم في تواضعه، الكبير في ترفعه، الصادق في نصحه، الأمين في إرشاده، الأستاذ الدكتور عبد المنعم زمزم أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص بكليه الحقوق جامعة القاهرة، أتوجه إليه برسالة شكر صادقة من قلب طالما غرس فيه بعض غرسه وزرع فيه بعض زرعه فرواه بمعالم فضله ووهبه جميل هباته.

إلى من قدم لي يد العون فكان دائما إلى جانبي كالظل ...يفرح لفرحي ويدمع لأحزاني ، إلى أخي وشقيقي أمين محمد الحسني والذي يرجع له الفضل بعد الله سبحانه وتعالى في وصولي إلى هذه المرحلة المتميزة. فقد كان لي الأخ والصديق والأب الحنون فله مني كل شكر وتقدير "فلولا فضلك بعد الله لم يكن لهذا العمل أن يرى النور". فأسأله سبحانه وتعالى أن يجزيك عني كل خير وأن يُمتعلك بموفور الصحة والعافية.

كما أشكر أستاذي ومعلمي القدير اللواء الدكتور رياض عبد الحبيب القرشي والذي كفلني بمزيد من الرعاية والاهتمام، فمنك تعلمنا أن للنجاح قيمة و معنى ...ومنك تعلمنا كيف يكون التفاني والإخلاص في العمل ...ومعك آمنا أن لا مستحيل في سبيل الإبداع والرقي.

فأنتم أخوتي في نصحهم ،،أصدقائي في دعمهم ،، أحبائي في حنانهم .

أنتم عونى عندما احتجت إليكم ،، وما زالتوا هنا كي لا أحتاج لغيركم .

لكم مني كل الشكر والتقدير

والعرفان والامتنان ...

تقديم الأستاذ الدكتور
عصام الدين القصبي
أستاذ القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق جامعة عين شمس

سعدت بقراءة ومراجعة هذا العمل العلمي الجاد الذي يكشف عن القدرة البحثية للمؤلف ويسرني انضمام الدكتور/ محمد الحسني لأسرة القانون الدولي الخاص

أ. د. عصام القصبي

سعدت بقراءة ومراجعة هذا العمل العلمى الجاد
الذى يكشف عن القدرة البحثية للمؤلف
ويسرنى انضمام الدكتور/ محمد الحسنى لأسرة
القانون الدولى الخاص

أ.د
عصام القصبى

تقديم الأستاذ الدكتور
عبد المنعم زمزم
أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق – جامعة القاهرة

تتعدد وتتنوع وتتزايد موضوعات القانون الدولي الخاص بتعدد وتنوع وتزايد حاجات الإنسان الخاصة على المستوى الدولي. ولما كانت حاجات الإنسان لا يحدها حدود، فإن القانون الدولي الخاص في تطور دائم ومستمر. ولا عجب في ذلك على إعتبار أن هذا الفرع من فروع القانون يتولى تنظيم المجتمع الدولي للأفراد، ومن ثم فهو يحتل الطابق العلوي أو الدور الثاني من علم القانون. فلا تقتصر موضوعاته على تنظيم الحياة الخاصة في مجتمع معين، وإنما يمتد نطاقه ليشمل كل ما يتعلق بالحياة الخاصة بين بني المعمورة، لنخرج من المجتمع الداخلي إلى نطاق المجتمع الدولي المشتمل على عنصر أجنبي، ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد، وإنما يستوعب أيضاً نطاق القانون المشار إليه الفوارق بين النظم القانونية. فقد يجهل القانون الداخلي لدولة ما - كالقانون الفرنسي - نظام الخلع المقرر في القانون المصري مثلاً، ومع ذلك يعتبر النظام الأخير جزءاً من القانون الدولي الخاص إذا ما أثير بشأنه نزاعاً أمام القاضي الأجنبي.

ويعد موضوع حماية المستهلك الالكتروني من الموضوعات الحديثة التي ارتبطت بظهور وتطور التجارة الالكترونية. فجرى تقسيم الرسالة إلى فصل تمهيدي وبابين. تناول الفصل التمهيدي مجموعة من القواعد العامة المرتبطة بموضوع البحث مثل ماهية المستهلك ومعايير دولية عقود المستهلكين. بعدها جرى معالجة البابين الأول والثاني: وقد حمل الباب الأول عنوان: حماية المستهلك الالكتروني من خلال مناهج القانون الدولي الخاص. وانقسم إلى فصلين: الأول: تقرير الحماية بمنهجية قاعدة الإسناد. والثاني: تقرير الحماية بغير قاعدة الإسناد وخاصة عن طريق النظام العام وقوانين البوليس فضلاً عن منهج القواعد الموضوعية. وقد خصص الباب الثاني لحماية

المستهلك من خلال وسائل تسوية المنازعات، وانقسم بدوره إلى فصلين: الأول: الحماية من خلال قواعد الاختصاص القضائي. والثاني الحماية من خلال التحكيم الالكتروني.

والذي يظهر من هذا التقسيم هو الحرص الشديد على توظيف مناهج القانون الدولي الخاص ومدى ملاءمتها لحماية المستهلك الالكتروني، فتم التعرض لأهم المناهج والأليات التي يشملها هذا القانون، قديما وحديثاً، بدايةً من قاعدة الإسناد وقواعد الاختصاص القضائي، ومروراً بآلية الدفع بالنظام العام ومنهج قوانين البوليس والقواعد الموضوعية وانتهاءً بالتحكيم الالكتروني، وذلك كله من أجل تحديد دور ومدى كل منها في حماية المستهلك الالكتروني.

وتمتاز الرسالة بتوازنها الشديد شكلاً وموضوعاً، فجاء بابها الأول مساوياً تقريباً لبابها الثاني سواءً من حيث عدد الصفحات أو من حيث أهمية الموضوعات وترتيبها، فضلاً عن قائمة مراجعها الثرية، وقلة أخطائها المطبعية التي لم تجاوز - بحال - الحد المعقول.

وما كان لهذا العمل أن يخرج بهذا الشكل إلا عن باحث جاد، توافرت فيه العديد من الصفات مثل الصبر والإصرار والإمتثال للنصائح والمتابعة المستمرة، ولذا فقد خرجت رسالته إلى النور بعد ثلاث سنوات وبضعة أشهر فقط.

وهكذا فالرسالة - بحداثة موضوعها، وصفات صاحبها - نالت إعجاب لجنة المناقشة، وكان شخص الباحث فيها محل تقدير كموضوعها. ومن فضائلها أيضاً وضوح البصمة الشخصية للأخير. فالدكتور/ محمد الحسني كان يحرص على إبداء رأيه في كل موضع، والله أسأل أن يكتب له التوفيق وأن ينتفع بهذا العمل كل قارئ له، فهو إضافة إلى المكتبة القانونية.

أ. د. عبد المنعم زمزم

أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

قائمة المختصرات

AAA= American Arbitration Association.

ADR= Alternative Dispute Resolution.

AFNIC= L'Association Française pour le Nommage Internet en Cooperation.

AFA =The Arbitration Fairness Act

All ER= All English Law Report.

At= Austria.

B2B= Business to Business.

B2C= Business to Consumer.

BILETA= British and Irish Law Education and Technology Association.

Cass. civ= Cassation civile.
CCQ= Civil Code of Quebec.

C2C= Consumer to Consumer.

CI= Consumer International.

CJJA= Civil Jurisdiction and Judgments Act

CNRS= Centre National de la Recherche Scientifique.

Duke L.& Tech= Duke Law and Technology.

EAA= English Arbitration Act

EC= European Convention.

ECJ= European Court of Justice.

ECR= England Courts Report.

ed= edition.

EEC= European Economic Community.

Eg= Egypt

EJCL= Electronic Journal of Comparative Law.

EU= European United.

FAA= Federal Arbitration Act

Fr= France

ibid= In the same place. Used in footnotes and bibliographies to refer to the book, chapter, article, or page cited just before.

ICANN= The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

ICC= International Chamber of Commerce.

ICLQ= International Comparative Law Quarterly.

IOCU= International Organization Consumer United.

J. D. I : Journal du Droit International (Clunet)

J.L&TECH= Journal of Law and Technology.

JILT= Journal Information, Law and Technology.

LLM= The Master of Laws.

McGILT L.J= Mcgill Law Journal.

N= Number, Numéro.

N.C.J.L.& TECH= North Carolina Journal of Law and technology.

NSW= New South and Wales.

Nz= New Zealand .

O.J.= Official Journal.

OAS= Organization of American States.

ODR= Online Dispute Resolution.

OECD= Organization for Economic Co-operation and Development.

P= page.

PDF= Portable Document Format .

PHD= Doctor of Philosophy.

PIAC= Public Interest Advocacy Centre.

R.C.A.D.I= Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye

Rev. Crit. D.I.P. : Revue Critique de Droit International Privé

R.J.T= Revue Juridique Themis.

REV= Review

SPIDR= Society of Professionals in Dispute Resolution.

UCC= The Uniform Commercial Code .

UCITA = Uniform Computer Information Transactions Act.

UK= United Kingdom.

UN= United Nation.

UNESCAP= United Nation Economic and Social Commission for Asia and the Pacific.

UNIDROIT= International Institute for the Unification of Private Law.

US= United States.

VA. J.L. & TECH.= Virginia Journal of Law and Technology Association.

Vol= VOLUME

WIPO= World Intellectual Property Organization .

WTO=The World Trade Organization.



المقدمة

لم تكن عقود المستهلكين حتى وقت قريب جداً محل قلق بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص، وذلك نظراً لطبيعة تلك العقود من حيث كونها نادرة الإبرام في إطار العلاقات الدولية خصوصاً في ظل الوسائل التقليدية وعدم انفتاح العالم على بعضه، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن قواعد القانون الدولي الخاص[على وجه الخصوص قواعد الإسناد] قواعد محايدة- بحسب الوصف التقليدي لها- إذ إن تلك القواعد تعمل على اصطفاء أحد القوانين لحكم العلاقة المطروحة دون النظر إلى طبيعة تلك العلاقة، هذا فضلاً عن أن ميزان القوى بين أطرافها غير متكافئ فالقانون الدولي الخاص بناءً على الوصف السابق لا يقدم أي حمايةٍ للطرف الضعيف في العلاقة.

والحقيقة أنه مع التطور الذي لحق مجالات الحياة المختلفة بما فيها الاقتصادية والقانونية، نجد أن العلاقات الدولية قد غرقت بعقود المستهلكين وقد كان ذلك أكثر وضوحاً في العقود الالكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية الانترنت، وفي المقابل فإن تطور قواعد القانون الدولي الخاص نجم عنه تغيُّرٌ في وظيفتها المحايدة إلى أن أصبحت تلعب دوراً مهماً في إعادة التوازن للعلاقة العقدية في عقود الاستهلاك الدولية، فقد ترتب على ذلك أن أصبحت هذه القواعد تؤدي وظائف اجتماعية لتوفير درجة من العدل والتكافؤ المادي للأطراف.

أولاً: عقود المستهلكين والقانون الدولي الخاص:

إن التاريخ الحديث لعقود الاستهلاك في مجال القانون الدولي الخاص يشير إلى أوجه القصور التي لحقت النظرة التقليدية لقواعد القانون الدولي الخاص، والتي كان ينظر إليها على أنها أداةٌ فنيةٌ صرفة تشير إلى القانون الواجب التطبيق دون النظر إلى موضوع النزاع أو أطرافه حتى وإن كان أحدهم يحتاج إلى حماية خاصة، ونظراً لتطور المجتمعات وخاصة الأوربية والغربية بعد الحرب العالمية الثانية فقد بدأ الحديث حول حقوق الإنسان، وأصبحت جوهر المناقشات بين فقهاء القانون خصوصاً في القرن الأخير، الأمر الذي يعكس زيادة الاهتمام بالمتطلبات السياسية والاجتماعية لتطوير قواعد القانون الدولي الخاص.

ونظراً لتطور السوق الاستهلاكية مع اتساع نطاقها وأعداد المتعاملين من خلالها أصبح المستهلك طرفاً حقيقياً وفاعلاً في مجال التجارة الدولية ومع الاهتمام المتزايد بحقوق الانسان، بدأت قواعد القانون الدولي الخاص تعطي اهتماماً خاصاً لحماية حقوق الطرف الضعيف في العلاقة الدولية[١]، وانعكس ذلك على زيادة التنظيمات الدولية والمحلية التي تعنى بحماية المستهلك[٢]، حيث بدأت الدول المختلفة بسن قوانين حماية المستهلك على المستوى الاقليمي، كما اتجهت العديد من الدول لتطوير الاتفاقيات الدولية حتى تراعي المصالح الخاصة بالمستهلك[٣].

وفي مجال العلاقات الدولية اهتمت الكثير من التشريعات بضمان الحماية الخاصة للمستهلك في العقود العابرة للحدود حيث كفلت له الأمان القانوني بوضع قاعدة خاصة بحمايته في مجال الاختصاص القضائي والقانوني، وهي قاعدة موطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة، بحيث ينعقد الاختصاص في قضايا المستهلكين لمحكمة موطنه ولا يطبق إلا قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة[٤]، وذلك بخلاف ما هو متعارف عليه في العقود الدولية، حيث يبرز فيها دور الإرادة في شأن تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق[٥].

ويرجع أساس هذه الحماية إلى حالة الضعف المسيطر على المستهلك واختلال التوازن الواضح بينه وبين المهني الذي يكون له التفوق الاقتصادي والقانوني والفني مما يبرر معه تدخل المشرع لإعادة التوازن لمثل هذه العلاقات حيث أن المستهلك في أغلب العقود يجد نفسه أمام عقد نمطي محدد سلفاً من قبل المهني وليس له مناقشة مافيه من شروط فإما أن يقبل- تحت تأثير الحاجة إلى هذه السلع أو الخدمات- أو أن يرفظ.

---

(١) للمزيد في دور القانون الدولي الخاص في حماية العاقد الضعيف انظر: د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م، ص٣٤ وما بعدها.

(٢) كمنظمة التعاون والاقتصادي والتنمية OECD والتي قدمت العديد من الاعمال لحماية المستهلك، والمنظمة الدولية للمستهلك CI ، وسوف ياتي التعليق عليها لاحقاً.

(٣) فقد بدأت المناقشات الفقهية لتطوير الاتفاقيات الدولية لتحقق حماية خاصة للمستهلك من ذلك انظر:
Christine Riefa: **Article 5 of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations of 19 June 1980 and Consumer E-Contracts**: The Need for Reform, This article is published in Information and Communication Technology Law, Vol. 13, No. 1, 2004, p.10.

(٤) وفق المادة ٥ من اتفاقية روما ١٩٨٠م، والمادة ٦ من لائحة روما، والمادة ١٢٠ من القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م.

(٥) في الاختصاص القضائي تنضم ذلك المادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري، وهي كذلك المادة ٨١ من قانون المرافعات اليمني، وفي الاختصاص القانوني المادة ١٩ من القانون المدني المصري، وهي المادة ٢٩ من القانون المدني اليمني.

ثانياً: التجارة الالكترونية والقانون الدولي الخاص

كما هو معلوم فإن شبكة المعلومات الدولية " الإنترنت" هي عبارة عن شبكة من أجهزة الكمبيوتر متصلة ببعضها والتي تمكن المستخدمين من التواصل مع بعضهم البعض بغض النظر عن أماكن تواجد تلك الأجهزة أو مستخدميها، وقد بدأ تاريخ الانترنت منذ عام ١٩٦٩م عندما تم استخدامه من قبل وزارة الدفاع الأمريكية البنتاجون لتبادل المعلومات الأمنية والاستخبارية وربط أجهزة الحاسوب التابعة لمؤسسات الجيش الأمريكي المختلفة ومنذ عام ١٩٨٣م تم لأول مرة استخدام الإنترنت في المجال المدني[(١)].

والواقع أن الطفرة العالمية لاستخدامه لم تتم إلا في مطلع العام ١٩٩٥م عندما فُتِحَتْ شبكة الانترنت للشركات والمستهلكين على السواء عبر العالم لإبرام عقود الخدمات والسلع goods and services والذي أصبح يعرف بالتجارة الالكترونية Electronic Commerce، بما تحتويه تلك العمليات التجارية من عمليات التعاقد والدفع الالكتروني والتنفيذ الالكتروني وتبادل المعلومات والبيانات إلكترونياً[(٢)]. وعلى ذلك يمكن القول بأن شبكة الإنترنت تعمل على عرض المواقع الالكترونية والتعاقد من خلالها مع الشركات الاجنبية لشراء السلع والخدمات من أي مكان في العالم[(٣)].

ولعل من أبرز المشكلات التي تواجه الباحثين في مجال القانون الدولي الخاص وعلاقته بالانترنت، هي تلك المشكلات المتعلقة بالتركيز المكاني لأطراف العلاقة العقدية، حيث إن التجارة الالكترونية قد ترتب عليها إلغاء كل المفاهيم السابقة المتعلقة بالحدود الجغرافية، والتي قامت عليها الكثير من قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية، وذلك على اعتبار أن العالم أصبح قرية كونية واحدة، وهو ما يسيغ معه القول بدولية العقود التي تتم من خلال شبكة الانترنت حسبما يرى البعض، كما ترتب على ذلك مشكلة أُخرى تتعلق بصعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم وغيرها من المشكلات التي تثيرها الجوانب المتعلقة بالتجارة الالكترونية.

---

(١) في تاريخ الانترنت وتحولاته انظر الرابط التالي:

http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_the_Internet

(٢) راجع تعاريف التجارة الالكترونية التي وصفتها كل من منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية **OECD** من خلال الرابط التالي: http://www.oecd.org/dataoecd/18/13/34023235.pdf

وكذلك منظمة التجارة الدولية **WTO** من خلال الرابط التالي:

http://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/wkprog_e.htm

ومنظمة الملكية الفكرية الوايبو **WIPO** من خلال الرابط التالي:

http://ecommerce.wipo.int/primer/index.html

(٣) وفي علاقة التجارة الالكترونية بقواعد القانون الدولي الخاص انظر:

Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law**: A Study of Electronic Consumer Contracts, Published by Ashgate, England, 2008, p.20.

ثالثاً: عقود المستهلكين الالكترونية في القانون الدولي الخاص

إن تاريخ عقود الاستهلاك الالكترونية في القانون الدولي الخاص يرجع إلى بداية تطور وسائل التكنولوجيا والاتصالات الدولية، التي انعكست على انتعاش الأسواق الدولية والإقليمية، حيث أصبحت الشركات في مختلف البلدان تستخدم تلك الوسائل نظراً لقلة التكاليف وسهولة الوصول إلى العملاء وسرعة الانتشار، ولذلك فقد أصبحت هذه الوسائل تمثل سوقاً مفتوحاً للجميع. ونظراً لتمازج العلاقات بعضها ببعض وانحسار فكرة الاقليمية لصالح الدولية بدأت تبرز المشكلات القانونية التي تثير قواعد القانون الدولي الخاص.

وبالرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية- قاعدة التنازع والاختصاص القضائي، - التي تحكم معاملات الإنترنت ولا سيما منها تلك المتعلقة بالمستهلكين، نجد أنها أضحت تمثل عائقاً أمام انتعاش هذه التجارة الحديثة، إذ أصبح من الضروري تطوير تلك القواعد لتتناسب مع معاملات المستهلكين الالكترونية، والتي ينبغي أن تحظى بالحماية اللازمة حتى تنتعش هذه التجارة بين المستهلكين والشركات التجارية. ومن هنا جاء الاهتمام بتطوير الاتفاقيات الدولية التي تنظم قواعد القانون الدولي الخاص، حيث حلت لائحة بروكسل الأولى ٢٠٠١/٤٤ محل اتفاقية بروكسل ١٩٦٨م بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام القضائية، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق حيث تم استبدال اتفاقية روما ١٩٨٠م بلائحة روما ٢٠٠٨/٥٩٣.

ولعل من أبرز المشكلات التي تواجه عقود المستهلكين الالكترونية في القانون الدولي الخاص هو دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي في عقود المستهلكين الالكترونية، والتي تمثل في حقيقتها إرادة أحد الأطراف(المهني) في مواجهة الطرف الآخر(المستهلك) الذي ليس له مناقشة هذه الشروط أو تعديلها، هذا فضلاً عن المشكلة الأخرى الكامنة في تلك القواعد التي تقوم على التركيز المكاني، حيث إن الوسائل الحديثة قد قوضت تلك الأفكار وجعلت منها مسائل نسبية غير فعالة في ظل القواعد الحديثة، وهي كذلك بالنسبة لتحديد الاختصاص القضائي والقانوني على أساس الروابط الوثيقة والجوهرية بين النزاع وبلد معين، حيث إن هذا النهج قد يضر بمصالح المستهلكين والتي تصب في أغلبها لصالح أصحاب المهن[(١)].

من هنا تأتي أهمية البحث عن ضابط يكون من شأنه التصدي لتلك المشكلات، كما هو الشأن في ضابط موطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة لعقد الاختصاص له في عقود الاستهلاك الدولية، سواءً في تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود أو تحديد

---

(١) للمزيد في هذه المشكلات وسبل حلها وتعزيز الثقة في معاملات الانترنت راجع:

Erin Ann O’hara: **Choice of Law For Internet Transactions**: The Uneasy Case For Online Consumer Protection, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 153: 2005, p.1883.

جهة الاختصاص القضائي بمثل هذه المنازعات، بما يمثل ذلك تخفيفاً من غلواء القواعد العامة في الاختصاص القانوني والقضائي حمايةً للمستهلك بوصفه طرفاً ضعيفاً في العقد.

وفي مقابل ذلك كله برز دور قاعدة الإسناد إلى القانون الأكثر حمايةً للمستهلك، في تحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك حيث تعمل هذه القاعدة على تخيُّر القانون الأكثر حمايةً للمستهلك سواءً أكان القانون المختار من قبل الأطراف أم القانون المرشح لحكم العلاقة أياً كان مصدره. وهذه القاعدة تراعي بحق مصالح المستهلك وتعيد له الثقة في المعاملات الدولية الالكترونية، حيث يتعاقد وهو في مأمن من أن يطبق عليه قانونٌ قد يخل بالحماية المقررة له في قانون موطنه أو محل إقامته والتي تُمَثِل الحد الأدنى من الحماية.

على أنه في مجال القانون الواجب التطبيق نجد أن الاختلال واضح بين القوانين المختلفة نتيجة عدم تطور تلك القوانين ومواكبتها لتطورات ومتغيرات التجارة الالكترونية، وهو ما دفع البعض إلى المناداة بضرورة وجود قواعد أخرى تسد هذا الفراغ وتكمل ذلك النقص، وذلك من خلال القواعد الموضوعية الالكترونية **Lex Electronica**، بحيث تعمل هذه القواعد إلى جانب قاعدة التنازع في سد أوجه النقص فيما يتعلق بتحقيق الحماية الكاملة للمستهلك الالكتروني، بل إن البعض اندفع إلى القول بأن التجارة الالكترونية لها قانونها الخاص الذي يحكمها ولا يجوز أن تطبق عليها القواعد التقليدية التي تحكم المعاملات في العالم المادي[١] .

وفيما يتعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك الالكترونية نلحظ أن قواعد الاختصاص القضائي قد تكون غير مجديةً في بعض الأحيان، بالرغم مما قد تعطيه هذه القواعد مثل محكمة موطن المستهلك من حقوق في مواجهة الطرف الآخر المهني، فقواعد الاختصاص القضائي بشكل عام قد تكون حجر عثرة أمام لجوء المستهلك للحصول على حقه نظراً لارتفاع تكاليف اللجوء إليه والمشكلات القانونية والفنية التي تؤثر عليه، وذلك في مقابل أن منازعات المستهلكين تكون قليلة القيمة في كثير من الأحوال.

ومن ثم فقد استُحْدِثَ في مجال القانون الدولي الخاص وسائل جديدة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، وهو ما جعل البعض يؤكد أن المنازعات التي تنشأ عبر الشبكة لابد وأن يتم تسويتها باستخدام الوسيلة ذاتها[٢] ، حيث إن هذه

---

(١) انظر إعلان استقلال الفضاء الالكتروني للأستاذ **John Perry Barlow** في ١٩٩٦م متاح على الرابط التالي:
https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html

(٢) انظر في ذلك:
Julia Hörnle: **online dispute resolution- the emperor's new clothes?** Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration, 17th BILETA Annual Conference 2002, University, Amsterdam, p.1&2.

الوسائل لا تعمل من أجل تسوية المنازعات فحسب، بل تضمن الممارسة العادلة والحد من المنازعات في عقود الاستهلاك الالكترونية. فهي تعمل على الاتصال المباشر بين المستهلك والمهني لحل الخلاف، وهي في الوقت ذاته تدفع المهنيين إلى تخفيض وسائل الضغط على المستهلك وزيادة وسائل اجتذابه بقبوله لمطالب المستهلكين والعمل على حل خلافاته مع الأخير بيسر وسهولة بعيداً عن أروقة المحاكم(١).

رابعاً: أهمية هذه الدراسة

تنبع أهمية هذه الدراسة من كونها تندرج ضمن المواضيع الحديثة نسبياً والمتشعبة في تفاصيلها، التي تتداخل فيها العلاقات وتحتك بأنظمة قانونية مختلفة، كما أنها تثير العديد من المشاكل القانونية خصوصا في ظل دخول الوسائل التكنولوجية الحديثة وتسخيرها في العمليات التجارية.

فمن الناحية النظرية نجد أن التقدم الهائل في وسائل النقل والاتصال في العصر المعلوماتي الرقمي، وفي ظل التنظيم الدولي المتجه إلى جعل العالم سوقًا مشتركاً، أدى إلى جعل المنتجات الآتية من مختلف الدول في متناول المستهلك شرقاً وغرباً صغيراً وكبيراً محترفاً وغير محترف، والتي أصبحت تعرف بالتجارة الالكترونية. بحيث يمكن للمستهلك أن يبرم عقداً عن طريق شبكة الانترنت وهو في منزله في أقصى الشرق مع المنتج أو الموزع في أقصى الغرب، مما يعني وجود عنصر أجنبي في هذه العلاقة، وغنيٌ عن البيان أن هذا العنصر يلعب دوراً مهماً ومحورياً في تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود.

كما أنه من المعروف أن العقود تقوم على الإرادة ، فالعقد شريعة المتعاقدين، إلا أن إطلاق الإرادة في العقود المتصلة بالمستهلك وخصوصاً الالكترونية، قد تطيح بمبدأ الحرية التعاقدية لما ينطوي عليه من مخاطر ولتأثيره في قدرة الطرف الضعيف على تحديد الوسيلة المثلى لتسوية منازعته مع المهني واختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما، حيث يتمتع المهني بالتفوق القانوني والاقتصادي والمعرفي، من هنا برز تدخل المشرع في سن قواعد خاصة موضوعية تعطي المستهلك الحماية الخاصة بحيث يعيد التوازن بين أطراف العلاقة العقدية.

---

(١) انظر في ذلك:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, HART Publishing Oxford and Portland, Oregon 2009, This book is based on PhD thesis submitted to the University of Birmingham in summer 2007, p.14.

كما أن أهمية هذه الدراسة من الناحية العملية، تبرز في ظل العلاقات الاقتصادية وتزايد الحاجات المجتمعية والشخصية إلى السلع والمنتجات، في محاولة الوقوف على القواعد التشريعية المقارنة وتوجيه المشرع اليمني والمصري ليحذو حذو تلك التشريعات في خلق قواعد تضمن حماية المستهلك، وتضمن له موقفاً عادلاً أمام تزايد أعداد القضايا المعروضة على الجهات القضائية، وذلك بالنظر للمركز الضعيف للمستهلك في مواجهة الشروط المجحفة بحقه والتي يضعها المنتجون والموزعون.

وعليه، فقد جاءت هذه الدراسة كمحاولة متواضعة من الباحث لإكمال بعض أوجه النقص التي شابت الدراسات السابقة وتكملتها، خصوصاً أن المكتبة القانونية اليمنية تخلو من مثل هذه الدراسة، والتي تعد رافداً للمعرفة فيها.

خامساً: نطاق الدراسة

في مجال التجارة الالكترونية تتشعب العلاقات التعاقدية وتتمازج ببعضها كون هذه الوسيلة قد قوضت كل الحدود المادية والجغرافية ليصبح العالم سوقاً مشتركاً للجميع. وتنقسم علاقات المستهلكين إلى نوعين: علاقات مستهلك مع مستهلك آخر وهذا النوع من العلاقات يخرج من نطاق هذه الدراسة، وعلاقة المستهلك مع المهني وهذه العلاقات هي محل الدراسة، والتي سوف تتناولها هذه الدراسة من حيث تحديد وسيلة تسوية منازعات المستهلكين الالكترونية وصولاً الى الوسيلة المثلى لتسوية منازعات المستهلكين مع المهنيين والقانون الواجب التطبيق على تلك العلاقات مع مراعاة الخصوصية التي تتمتع بها.

سادساً: منهج الدراسة

موضوع حماية المستهلك الاكتروني موضوع خصب ومتشعب وحرج ولكنه لم يحظَ بالتنظيم القانوني اللازم له في الدول العربية، والذي يعطي المستهلك تفرُداً في الحماية الكاملة، كما هو الحال في دول أوروبية وغربية سبقت إلى تنظيم تلك الحماية، إضافةً إلى ما تضمنته بعض الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، لذلك فإنه من الملائم أن يُستخدم في هذه الدراسة أسلوبا الاستقراء والاستنباط، للوقوف على القواعد المنظمة لحماية المستهلك، مع استخدام المنهج الوصفي التحليلي المقارن في بعض الأحيان للوقوف على مفردات هذه الدراسة.

سابعاً: تقسيم الدراسة

في السعي الى سبر أغوار عناصر هذا الموضوع وإعطاء كل جزء منه حقه من البحث والدراسة، فإن الباحث عمد إلى تقسيم هذه الدراسة إلى فصل تمهيدي يتبعه بابان وذلك على النحو التالي:

الفصل التمهيدي

ماهية المستهلك ومعايير دولية عقود المستهلكين الالكترونية

المبحث الأول: ماهية المستهلك الالكتروني

المطلب الأول: الملامح العامة لحماية المستهلك الالكتروني

المطلب الثاني: مفهوم المستهلك الالكتروني

المطلب الثالث: خصائص عقود المستهلكين الالكترونية

المبحث الثاني: معيار دولية عقود المستهلكين الالكترونية

المطلب الأول: معيار دولية العقد بصفة عامة

المطلب الثاني: المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلك الالكتروني

الباب الأول

حماية المستهلك الالكتروني من خلال مناهج القانون الدولي الخاص

الفصل الأول: **حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية قواعد الإسناد**

المبحث الأول: ضابط الإسناد الإرادي(مبدأ سلطان الإرادة)

المطلب الأول: مدلول ضابط الإرادة وتقنينه ومبرراته

المطلب الثاني: مدى ملاءمة ضابط الإرادة لحماية المستهلك الالكتروني

المبحث الثاني: مدى ملاءمة قواعد الإسناد التقليدية في حماية المستهلك الالكتروني

المطلب الأول: قواعد الإسناد الجامدة وحماية المستهلك

المطلب الثاني: ضابط الأداء المميز وحماية المستهلك

المبحث الثالث: ضوابط الإسناد الملائمة لحماية المستهلك

المطلب الاول: الإسناد إلى قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك

المطلب الثاني: الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك

الفصل الثاني: **حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية القواعد الموضوعية**

المبحث الأول: دور النظام العام وقواعد البوليس في حماية المستهلك الالكتروني

المطلب الأول: النظام العام وحماية المستهلك الالكتروني

المطلب الثاني: قواعد البوليس وحماية المستهلك الالكتروني

<u>**الفصل التمهيــدي**</u>

ماهية المستهلك ومعايير دولية عقود المستهلكين الالكترونية

<u>**المبحث الأول**</u>

ماهية المستهلك الالكتروني

<u>**المبحث الثــاني**</u>

معيار دولية عقود المستهلكين الالكترونية

الفصل التمهيدي
ماهية المستهلك ومعايير دولية عقود المستهلكين الإلكترونية

تمهيـــد وتقسيـــم:

أولت التشريعات القديمة والحديثة اهتماماً كبيراً لتوازن العقد، وجعلت من تقابل الالتزامات العقدية أساساً لصحة العقود، ويتدخل المشرع غالباً في الحالات التي يظهر فيها اختلال في هذا التوازن ليضع حمايةً لطرف(المستهلك) في مواجهة الطرف الآخر(المهني) الذي له بعض الامتيازات دون الطرف الأول، ولعل أبرز صور هذا التدخل التشريعي هو لجوء المشرع لسن قوانين حماية المستهلك حيث يراعى فيها مصالح المستهلكين، حرصاً منه على استمرار الحياة التجارية وسيرها بشكل صحيح.

ولأن طائفة المنتجين والموزعين يسعون إلى تحقيق أرباحهم والنهوض بتجارتهم فقد استحدثوا من الوسائل والأساليب، ما يمكنهم من جلب المستهلكين – بل وإغرائهم[(١)]- للتعاقد معهم.

والباحث في مجال العقود يعلم أنه ليس هناك طوائف محددة يمكن الاصطلاح عليها بأنها عقود مستهلكين، فالعقد قد يكون عقد استهلاك وعقداً آخر في آن واحد، بل إنه لا يمكن وصف طائفة بعينها من الأشخاص بأنهم مستهلكون، " لأن جميع أفراد المجتمع هم مستهلكون، ولو بدرجات متفاوتة، حتى من كان منهم يمارس نشاطاً إنتاجياً"[(٢)].

ويرجع اصطلاح المستهلك وعقود المستهلكين وتمييزها عن غيرها إلى رغبة المشرع في إعطاء المستهلك الأمان القانوني في التعامل مع السوق وطوائفه المختلفة، إذ هو محور تطور المجتمعات ومحور التكتلات الاقتصادية والإنتاجية[(٣)]، حيث إن تطور العمليات الاقتصادية وعولمة الاقتصاد، جعل من المستهلك يُطحن تحت عجلة السوق المفتوح وبروز العديد من

---

(١) حيث يستخدم المنتجون والموزعون لذلك شتى وسائل الإبهار والإغراء التي دفع المستهلك إلى الشراء حتى ولو لم يكن بحاجة إلى تلك السلعة أو الخدمة، من شدة دقة العرض وتصويره وهو ما دفع البعض إلى تسميتها البيوع الهجومية "Aggressive selling" وقد وردت هذه التسمية في محضر مناقشات البرلمان الأوربي في ٤ يونيو ٢٠٠٨م بروكسل للمزيد انظر الرابط التالي:
http://www.europarl.europa.eu

(٢) انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٥.

(٣) د. خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة،الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص١٥ وما بعدها.

المشكلات القانونية التي تتطلب من المشرع التدخل لوضع حماية لهذا المستهلك الذي أصبح بين حجري رحى، الأولى تمثل عمليات الدعاية والإعلان والتي تدفع المستهلك إلى الشراء رغماً عنه، والأخرى جشع المنتجين والموزعين ورغبتهم في تحقيق مكاسب وأرباح سريعة.

وباستخدام المنتجين والموزعين، لترويج سلعهم ومنتجاتهم وسائل الاتصال الحديثة وعلى رأسها الانترنت الذي أصبح العالم في ظله قريةً واحدةً وسوقاً مفتوحاً للجميع ونتيجةً لتلاشي الحدود الجغرافية في هذه السوق المفتوحة فإن العلاقات الوطنية قد تتلاشى لصالح العلاقات الدولية، وهو ما ينتج عنه بروز مشكلات عدة[١]، تفرض نفسها كواقع محتوم نتيجة لتداخل العلاقات الدولية ووجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية، وهي مكمن دولية عقود المستهلكين التي تتم عبر الانترنت[٢].

وبناءً على ما سبق سيتم تقسيم هذا الفصل التمهيدي إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية المستهلك الالكتروني.

المبحث الثاني: معيار دولية عقود المستهلكين الالكترونية.

---

(١) إذ أن الانترنت قد قوض المفاهيم التقليدية في مجال العقود الدولية، للمزيد انظر:

Uta Kohl : **Jurisdiction and the Internet, Regulatory Competence over Online Activity**, Cambridge, UK, 2007, p.33.

(٢) انظر في عرض ذلك التقرير المقدم إلى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ٢٠١٠م، الدورة الربعة والسبعون، فيما يتعلق بالحماية الدولية للمستهلك:

International Law Association The Hague Conference(2010) International Protection of consumers, Report to the Seventy-Fourth Conference of the International Law Association at The Hague (16-20 August 2010)

المبحث الأول
ماهية المستهلك الالكتروني

تمهيـــد وتقسيـــم:

إن الحماية القانونية للمستهلك تتوقف على تحديد المقصود به، وتعريفه تعريفاً دقيقاً، حيث يمكن الوقوف على تحديد مستحق الحماية ونطاق هذه الحماية وتمييزه عن غيره ممن قد تلحقهم بعض أوصاف المستهلك[١]. ومن المعلوم أن التقدم العلمي الهائل في عالم المعلوماتية والاتصالات اللاسلكية قد أفرز وسائل عديدة تكسر الهوة بين الأطراف في الزمان والمكان وعلى رأسها الانترنت، حيث أصبح يشكل وسيلة إغراء وجذب للمستهلك لفتح الطريق أمامه إلى عالم التجارة الالكترونية، التي شهدت بدورها تطوراً هائلاً، سواءً في التقنية أو في حجم رؤوس الأموال المتداولة وجمهور المتعاملين من مختلف الأطياف، أو في تنوع المجال بين المنتجات والسلع والخدمات والإعلانات أو تباين صور المعاملات بين البيع والإيجار والمقاولة[٢].

وحتى يتسنى لنا الوقوف على تعريف محدد للمستهلك فإنه يجب أن نعرض للملامح العامة لحماية المستهلك على المستوى الدولي والوطني ونتبع ذلك ببيان خصائص عقود المستهلكين الالكترونية التي تميزها عن غيرها وتجعلها محل اهتمام المشرع والقضاء والفقه وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الملامح العامة لحماية المستهلك الالكتروني.

المطلب الثاني: مفهوم المستهلك الالكتروني.

المطلب الثالث: خصائص عقود المستهلكين الالكترونية.

---

(١) انظر أكثر: د. نبيل محمد أحمد صبيح: حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت – العدد٢ ، السنة الثانية والثلاثون، يونيو ٢٠٠٨م ، ص١٧٤وما بعدها.

(٢) د. محمد حسين منصور:المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص١١٢.

المطلب الأول
الملامح العامة لحماية المستهلك الالكتروني

أولا: المقصود بحماية المستهلك وأهميتها

إن حماية المستهلك أضحت قضية حساسة للشعوب كما هي للحكومات[١]، ولذلك فإن التساؤل الذي يثور هو ما مفهوم هذه الحماية؟ وما مدى شمولية قواعد تلك الحماية؟ والجواب أن المعنى العام لحماية المستهلك يكمن في حفظ حقوقه في مواجهة المهني وضمان حصوله على تلك الحقوق في كافة المجالات التي يتعامل فيها مع المهني سواءً كان منتجاً أو موزعاً صاحب سلع أو خدمات أو غيرها من الاحتياجات الخاصة بالمستهلك[٢].

ولعل أهم ما يميز حماية المستهلك، عمومية وشمولية قواعدها، والعدالة في موازنتها لحقوق وواجبات مصالح المتعاقدين المهني والمستهلك، فهي تحمي الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي الذي يستطيع أن يملي شروطه. ومن ثم، فليست حماية المستهلك غاية في حد ذاتها تبرر كل وسيلة توصل إليها، كما أن الأمر ليس صراعاً بين المستهلك والمهني بقدر ما هو ضبط للتوازن العقدي بينهما، لذلك فحماية المستهلك تأخذ مظاهر عدة منها الإجرائية والتنظيمية والإدارية والجنائية والمدنية[٣].

---

(١) حيث تشكل حماية المستهلك أهمية شديدة وقصوى في الدول المتقدمة ليس فقط للحكومات والهيئات التابعة لها، وانما للجمعيات ومنظمات المجتمع المدني كذلك، فليس من الغريب أن نجد الحكومات في تلك الدول تولي المستهلك أهمية بالغة في برامجها الانتخابية، بل وتستجديهم بالوعود، فالمستهلكون هناك هم من يُصَعِّدُ حكومة ويُسقِطُ أخرى، ولذلك نجد الرئيس الأمريكي كيندي يقول في خطابه أمام الكونجرس عام ١٩٦٢م " نحن كلنا مستهلكون، ورغم أن المستهلكين يمثلون أهم طائفة اقتصادية إلا أننا اقل استماعاً لهم، وأتمنى إصدار تشريع يضمن لهم ممارسة حقوقهم كاملة.. وأشار إلى أربعة حقوق هي: الحق في الأمن، والحق في المعلومات، والحق في الاختيار، والحق في الاستماع إليهم..." انظر:

Ewoud Hondius: **The Notion of Consumer: European Union versus Member States**, Sydney Law Review Vol. 28:89, 2006, p.90.

(٢) انظر:

Norbert Reich: **A European Concept of Consumer Rights**: Some Reflections on Rethinking Community Consumer Law, At, New Developments in International Commercial and Consumer Law Proceedings of the 8th Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law, Oxford, UK,1998, p.443.

(٣) للمزيد في مظاهر حماية المستهلك انظر، د. عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م ط١، ص٩ وما بعدها. وانظر ايضاً:

Christine Riefa: **A French perspective on Misleading advertising campaigns for Internet access**, Hertfordshire Law Journal 2003.1(2) 23-29 ,p.3.

وتتسم أغلب التشريعات الخاصة بحماية المستهلك بالطبيعة الآمرة وتتعدد أوجه ومجالات تطبيقها؛ فبعضها يتعلق بتأمين المعاملات الالكترونية في مجال الوفاء والتسليم والإثبات، والبعض الآخر يتعلق بمجال حماية البيانات الشخصية للأفراد والمتعاملين، وأخرى تتعلق بمجال الدعاية والإعلان عن السلع والخدمات بصفة عامة، وبعضها يتعلق بالمنتجات كالأدوية بصفة خاصة، وغيرها من التطبيقات المختلفة[1].

والواقع أن عدم التوازن الاقتصادي بين المهني والمستهلك قد حث المشرع والقضاء والفقه إلى التوجه لحماية هذا المستهلك كونه الطرف الضعيف في التعامل، بينما المهنيون في مركز قوة، كما أن قلة الخبرة للمستهلك وخاصة في التعاقد الالكتروني تؤكد أهمية هذه الحماية، وهو ما جعل هذه الحماية لا تقتصر على المستوى الوطني فقط بل إن هذه الحماية أصبحت حماية دولية تهتم بها المنظمات الدولية[2]، والتشريعات الدولية، وهنا تبرز أهمية توحيد النظام القانوني الدولي فيما يخص قواعد حماية المستهلك[3].

---

(١) د. ياسر أحمد كامل الصيرفي: حماية المستهلك وضرورة الإعلان عن السلع والخدمات باللغة القومية، بحث منشور، مجلة القانون والاقتصاد، كلية حقوق ، جامعة القاهرة، العدد ٧٥لسنة ٢٠٠٥م، ص٤ وما بعدها، د. محمد حسين منصور: المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص١١٥، د. عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر الانترنت، مرجع سابق، ص٧٦.

(٢) فنجد أن المبادرة الإرشادية التي أقرتها الأمم المتحدة والتي تحمي حقوق المستهلك في قرارها رقم ٣٩/٢٤٨ الصادر في ٩ ابريل ١٩٨٥م، والتي أوصت دول العالم أخذها بعين الاعتبار عند سنها لتشريعاتها، وهذه المبادئ تهدف إلى صيانة الحقوق النهائية: وهي الحق في الصحة والسلامة، والحق في توفير المعلومات والبيانات الصحيحة الكافية عن المنتجات ، والحق في الاختيار الحر للمنتجات، والحق في صون الكرامة الشخصية، والحق في الحصول على المعرفة الفنية، والحق في المشاركة في الجمعيات والمؤسسات المعنية بحقوق المستهلك، والحق في التقاضي ، والحق في الحصول على تعويض مناسب لما لحقه من ضرر. وهو ما سار عليها جميع المشرعين عند إعدادهم لقوانين تتعلق بحماية المستهلك، للمزيد انظر:

See: Repertory of Practice of United Nations Organs Supplement No. 7, p.19, available online:http://untreaty.un.org/cod/repertory/art55/english/rep_supp7_vol4art55 _e_advance.pdf

(٣) في هذا الصدد صدر توجيه المجلس الأوربي Directive Council European 7/97 بغرض توحيد قواعد حماية المستهلك بين الدول الأوربية في مجالات العقود المبرمة عن بعد، وألزمت الدول الأعضاء بملاءمة تشريعاتها مع هذا التوجيه، ولعل ابرز تلك المحاولات، التي قدرت ضرورة وضع معايير موحدة لحماية المستهلك، هي المبادئ التي أوصت بها منظمة التعاون الاقتصادية والتنمية (OECD) وهي اختصار لOrganisation for Economic Co-operation and Development ، من ضرورة عمل توجيهات وإرشادات تتعلق بالخطوط العريضة لحماية المستهلك الالكتروني Electronic consumer بحيث:

١. يجب أن يكون هناك مستوى معين من الحماية للمستهلك الذي يقوم بعمليات تجارية الكترونية أو عمليات بيع عن بعد.

«

وهنا يستدعي الأمر أن نوضح ملامح هذه الحماية على المستوى الدولي ثم المستوى المحلي؛

ثانياً: ملامح حماية المستهلك على المستويين الدولي والوطني:

١. **حماية المستهلك على المستوى الدولي**

لقد تنوعت مظاهر وصور حماية المستهلك بصفة عامة والمستهلك الالكتروني بصفة خاصة على المستوى الدولي، وذلك بهدف معالجة اختلال توازن العقد بين المستهلك كطرف ضعيف والمهني كطرف قوي، حيث نجد أن من مظاهر هذه الحماية ظهور المنظمات الدولية التي تُعنى بحماية المستهلك وكذلك إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تراعي تلك الحماية، كما برزت العديد من الأعمال الدولية التي تكرس هذه الحماية كالقوانين النموذجية والتوجيهات الأوربية الصادرة عن الاتحاد الأوربي.

أ-المنظمة الدولية للمستهلك **Consumer International**

أنشئت جمعية حماية المستهلك في الثلاثينيات من القرن الماضي في أمريكا ولم تتبلور فكرتها إلا في منتصف الخمسينيات مع صدور أول مجلة تحت عنوان تقارير المستهلكين، ثم بدأت الفكرة تنتشر في بقية دول العالم، ثم ما لبث أن عُقِدَ المؤتمر التأسيسي الأول للاتحاد

»

٢. أن تكون المعلومات واضحة للمستهلك وبلغة مفهومة له وأن يذكر هوية الشركة التي تقوم بالأنشطة التجارية الالكترونية، وكذلك نوع السلع والخدمات التي تقدمها.

٣. تقديم معلومات شاملة عن العرض المقدم من المورد بما فيها تحديد الثمن وطريقة الدفع والضمانات المقدمة وطريقة تسليم المنتج.

٤. الحصول على موافقة صريحة وواضحة من المستهلك .

٥. إعطاء المستهلك مهلة مناسبة للتفكير في إتمام التعاقد أو العدول عنه.

٦. التعريف بالقانون الواجب التطبيق على التعاقد الالكتروني والمحاكم المختصة .

٧. إنشاء وسائل لتوثيق المعاملات الالكترونية فيما بين التاجر والمستهلك .

٨. تطوير التعاون الدولي بين الدول والمنظمات الدولية المعنية بحماية المستهلك .

See: Guidelines for Consumer Protection in the Context in, OECD Publications,2003,p.15.

See also, Martijn W. Hess link: **European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?** Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, 2006, p.3. Available online SSRN: http://ssrn.com/abstract=946727.

الدولي لجمعيات حماية المستهلك عام ١٩٦٠م، تحت مسمى (IOCU) [1]، ثم عدل هذا الاسم في عام ١٩٩٣م ليصبح المنظمة الدولية للمستهلك (CI) [2]، والتي اعتمدت لها أهدافاً تحقق من خلالها حماية المستهلك وهي:

١. دعم إنشاء جمعيات حماية المستهلك في مختلف دول العالم.

٢. العمل باسم المستهلكين في العالم ونيابةً عنهم لتمكينهم من حقهم في التغذية ومياه الشرب والخدمات اللآزمة.

٣. تطوير التعاون بين الدول من خلال القيام بالتحاليل المقارنة للمواد والخدمات وتبادل نتائج التحاليل والخبرات.

٤. تحسين المواصفات والخدمات وبرامج تثقيف المستهلكين أينما كانوا في العالم.

5. اعتماد المنظمة الدولية كهيكل لتبادل المعلومات والمجلات والنشرات الدورية التي تهتم بحماية المستهلك.

ب- منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD [3]:

حيث أصدرت هذه المنظمة جملة من التوصيات في شأن التجارة الالكترونية وأهمها المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية ١٩٩٩م، فقد أوصت بضرورة الشفافية في جميع المعاملات التي طرفها مستهلك، وأوصت الشركات التي تعمل في مجال التجارة الالكترونية بضرورة الإعلان والالتزام بقواعد العدالة في المواد التسويقية وعرض مواصفات المنتج بطريقة واضحة وسهلة.

كما أوصت الشركات بضرورة الإفصاح عن الموقع الجغرافي وإعطاء المستهلك معلومات دقيقة وواضحة، أما في مجال شروط التعاقد فقد أوصت الشركات بتوضيح تلك الشروط والأحكام والتكاليف المرتبطة بذلك.

أما في مجال تسوية المنازعات والتعويضات فقد أوصت اللجنة بضرورة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي، كما حثت على منح المستهلك مُكنة

---

(١) وهو اختصار: International organization consumer united.

(٢) وهو اختصار: Consumer International.

(٣) وهو اختصار Organisation for Economic Co-operation and Development.

اختيار بدائل أخرى لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن العقد، والتي تمكنه من الوصول إلى التعويض المناسب[١].

ج- حماية المستهلك في المعاهدات الدولية

عنيت الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بتقرير الحماية اللازمة للمستهلك[٢]، وقد كان ذلك واضحاً في اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠م، التي عدلت بلائحة روما الأولى ٢٠٠٨م[٣]، التي تؤكد في المادة ٦ منها على أن القانون الواجب التطبيق في عقود المستهلكين هو قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة، وتضيف في الفقرة الثانية منها على أن لا يترتب على اختيار المستهلكين للقانون واجب التطبيق على عقدهم حرمانهم من القواعد الآمرة في قانون موطنه التي تمثل الحد الأدنى من الحماية له.

وكذلك نجد مشروع اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٠م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المستهلكين الذي نص في مادته ١/٦ على"أن القانون الذي اختاره الأطراف يحكم البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، ولا يجوز أن يترتب على هذا الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة"[٤].

واخيراً اتفاقية بروكسل ٢٧ سبتمبر ١٩٦٨م بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المجال المدني والتجاري[٥]، التي أعطت المستهلك أولوية في الحماية في القسم الرابع منها المواد ١٣و١٤و١٥، وهو ما نجده قد تجسد في لائحة بروكسل المعدلة

---

(١) للمزيد انظر المبادئ التوجيهية على الموقع الالكتروني:
http://www.jus.uio.no/lm/oecd.consumer.protection.in.electronic.commmerce.guideline.recommendation.1999/.

(٢) انظر في تاريخ حماية المستهلك:
Stanislav Lovetski: **International Sources of Consumer Protection**, theses of the master, University Quebec à Montreal 2008, p.51.

(٣) لائحة روما الاولى رقم٥٩٣/٢٠٠٨ بتعديل اتفاقية روما ١٩٨٠م بشأن القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وقد دخلت حيز التنفيذ في ١٧ ديسمبر ٢٠٠٩م، وسوف تعرف في ثنايا هذا البحث بلائحة روما:
Parliament and Council Regulation 593/2008, Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), 2008 O.J., L177/6.

(٤) للمزيد، د. محمد حسين منصور:المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص١٣٣. والحقيقة إن من أهم وأبرز المخاوف التي يضعها المستهلك في اعتباره، هي مسالة القانون الواجب التطبيق وخصوصاً في ظل اختلاف أوجه الحماية في القوانين المختلفة ودولية العقود التي تتم عبر الانترنت، ولذلك اهتمت الاتفاقيات الدولية والتوصيات الأوربية بهذه المسالة بالذات كما سياتي بيانه لاحقاً في الباب الثاني من الرسالة.

(٥) تابع نصوص هذه الاتفاقية باللغة الانجليزية النسخة الموحدة على شبكة الانترنت من خلال الرابط التالي:
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41968A0927(01): EN:HTML

لاتفاقية بروكسل الصادرة عن المجلس الأوربي بذات الشأن[١] في المواد ١٥و١٦و١٧، حيث تعطي المستهلك الحماية في مجال الاختصاص القضائي بأن عقدت الاختصاص لمحاكم موطنه في الدعاوى التي ترفع عليه.

د- حماية المستهلك في التوجيهات الأوربية

١. **تعددت التوجيهات الأوربية التي تنظم الحماية الخاصة للمستهلكين، وقد كان أولها التوجيه الأوربي رقم ٩٣/١٣ والصادر في ٥ ابريل ١٩٩٣م، بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية[٢].**

٢. **وقد كان أهم توجيه يصدر على المستوى الأوربي في هذا الصدد هو التوجيه رقم ٩٧/٧ الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧م، الخاص بحماية المستهلكين في العقود عن بعد[٣]، الذي ألزم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي بملاءمة تشريعاتها بما يتفق مع هذا التوجيه وفق المادة١٤. ولقد أكدت المادة الثالثة منه على ضرورة إعلام المستهلك عند إبرام العقد بجميع تفاصيل العملية العقدية وترك حرية الاختيار له، وألزمت المهني بتأكيد المعلومات بطريقة مكتوبة، هذا وقد أعطى التوجيه المستهلك الحق في الرجوع، كما ضمن التوجيه حماية المستهلك أثناء الدفع وفق بطاقات الائتمان، وأخيراً دعا الدول الأعضاء إلى وضع الوسائل الكفيلة بحسم المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ العقود عن بعد وبما يتفق ومصالح المستهلكين[٤].**

٣. **كما صدر التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٠/٣١ الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٠م، بشأن الجوانب القانونية لخدمات المعلومات (التجارة الالكترونية)[٥]، حيث أكد على أنه يجب على الدول الأعضاء التي لا تمنع الرسائل الدعائية أن تعمل على التعرف على الأشخاص الذين يرتكبون هذه الأفعال إذا كانوا موجودين على إقليمها، وان يراعي هؤلاء الأشخاص طلبات المرسل إليهم بعدم رغبتهم في تلقي مثل هذه الدعاية، كما قضى**

---

(١) انظر:
Official Journal of the European Communities, L. 12/1, 16.1.2001.

(٢) انظر:
Official Journal of the European Communities, L. 095 , 21/04/1993 p. 0029 – 0034.

(٣) نشر في الجريد الرسمية انظر:
Official Journal of the European Communities, No. L. 144/19 20 May 1997.

(٤) انظر:
Dr. Hans Schulte-Nölke in co-operation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers: **EC Consumer Law Compendium**- Comparative Analysis- UNIVERSITAT BIELEFELD,2007,p.30.

(٥) انظر:
Official Journal of the European Communities No L 178 , 17/07/2000 p. 0001 - 0016.

بضرورة اطلاع المستهلكين على بيانات تتعلق بإبرام العقد وكيفية تصحيح الأخطاء قبل إتمام العقد وشروط تقديم الطلب .

٤. وقد تبنى الاتحاد الأوربي في ٢٦ يونيو ٢٠٠٢م توجيهاً يتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد، وذلك بهدف توفير نوع من الأمان للتجارة الالكترونية بوجه عام.

٥. كما عنى التوجيه الأوربي الصادر في ١٢ يوليو ٢٠٠٢م بحماية المعطيات والبيانات ذات الطابع الشخصي للمستهلك وحماية حياته الخاصة في مجالات الاتصال الالكتروني، وغيرها من التوجيهات المختلفة التي سوف تقابلنا في ثنايا هذا البحث.

٢. حماية المستهلك في التشريعات الوطنية

انعكس الاهتمام الدولي بحماية المستهلك، وألقى بظلاله على التشريعات الوطنية، حيث صدرت مجموعة من التشريعات المتلاحقة لتوفير الحماية القانونية للتجارة الالكترونية بصفة عامة والمستهلك الالكتروني بصفة خاصة.

أ- حماية المستهلك في القانون المقارن:

١. في فرنسا اهتم المشرع الفرنسي بوضع الحماية الخاصة للمستهلك مبكراً وذلك في عدة تشريعات[1] . ولعل أبرزها صدور قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم ٩٤٩-٩٣ الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٣م الذي تضمن نصوصاً خاصة بإعلام المستهلك وحمايته، تلاه صدور المرسوم الصادر في ٢٣ أغسطس ٢٠٠١م والذي تبنى التوجيه الأوربي رقم ٩٧/٧ الخاصة بحماية المستهلك الالكتروني عن بعد وضمنه القانون الفرنسي، كما صدر المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠٥/٦٤٨ في يونيو ٢٠٠٥م المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد للمستهلكين، والذي وضع التزاماً على المهني بإعلام المستهلك في الفترة السابقة

---

(١) وقد كان من أبرز هذه التشريعات:

١. قانون رقم ٧٨-٢٢ بشان إعلام وحماية المستهلك الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨م.
٢. قانون رقم ٧٩-٥٩٦ حول إعلام وحماية المقترضين في المجال العقاري الصادر في ١٣ يوليه ١٩٧٩م.
٣. قانون رقم ٨٣-٦٦٠ الخاص بأمن المستهلك الصادر في ٢١ يوليه ١٩٨٣م.
٤. مرسوم رقم ٨٦-١٢٤٣ حول حرية الأسعار والمنافسة الصادر في ١ ديسمبر ١٩٨٦م.
٥. قانون رقم ٨٨-١٤ حول حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي وإعلام المستهلكين الصادر في ٥ يناير ١٩٨٨م.
٦. قانون رقم ٨٨-٢١ حول عمليات البيع عن بُعد الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨م.

على التعاقد، كما أجاز لهذا الأخير حق الرجوع في العقد، وأخيراً صدور القانون الموحد لحماية المستهلك في ٢٠١٠م[١].

٢. **وفي القانون الأمريكي: اهتم المشرع الأمريكي اهتماماً بالغاً بالمستهلكين فنظم الإجراءات وأصدر التشريعات الكفيلة بتحقيق حماية المستهلك، ولعل أبرز تلك القوانين، هو القانون الاتحادي لسنة ١٩٩٩م UCITA[٢]والخاص بالتجارة الالكترونية[٣]، وكذلك الشأن في كندا والذي أعدت مجموعة العمل الكندية عدة مبادئ تنظم حماية المستهلك في التجارة الالكترونية[٤]، وهو نفس الوضع في الدول الأوربية.**

٣. **أما في سويسرا فنجد أن المادتين ١١٤و١٢٠ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٨٧م وهما بصدد بيان نطاق القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين، حيث تنص على تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك في منازعات " العقود التي تتعلق بأداء استهلاكي معد للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك التي لا ترتبط بالنشاط المهني أو التجاري له ..."[٥]، وكذلك نظمت قواعد الاختصاص القضائي في الدعاوى التي ترفع على المستهلك.**

---

(١) **النسخة الموحدة رقم ٧٣٧-٢٠١٠ الصادر في ١ /٧/ ٢٠١٠م متوافر على الرابط التالي:**
http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000022517087&idSectionTA=LEGISCTA000006146551&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20101214.

(٢) **وهو اختصار ل:** Uniform Computer Information Transactions Act .

(٣) **القانون الأمريكي الخاص بالتجارة الالكترونية الموحد الصادر في ٢٣ يوليو ١٩٩٩م متاح على الرابط التالي:**
http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1990s/ueta99.pdf
see more: Jillian G. Brady and Spencer Weber Waller: **Consumer Protection in the United States**: An Overview, available online:http://www.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/pdfs/us_consumer_protection.pdf.

(٤) **انظر:**
Principles of Consumer Protection for Electronic Commerce: A Canadian Framework, p.11, Available online:http://www.bmo.com/pdf/9243741PrincipConsProt_en.pdf, see also: Consumer Protection Rights In Canada In The Context Of Electronic Commerce, A Report to the Office of Consumer Affairs Industry Canada, July 31, 1998, p.14.

(٥) **القانون الدولي الخاص السويسري ١٨ ديسمبر ١٩٨٧م في أحدث تعديلاته ٢٠٠٧م متوافر على الرابط:**
http://www.umbricht.com/eng/frameset4.asp?status=1&id=358&user=guest

ب- حماية المستهلك الالكتروني في الدول العربية:

في الواقع أن اهتمام المشرع العربي بحماية المستهلك وتركيز قواعد هذه الحماية في تشريع واحد لم يأتِ إلا في وقت متأخر جداً، وخصوصاً فيما يتعلق بالمستهلك الالكتروني، حيث كانت هناك مجموعة متفرقة من القواعد يمكن أن يستفيد منها المستهلك، ولكنها لا توفر له الحماية الكاملة. ولعل من أبرز التشريعات في الدول العربية التي تناولت هذا الجانب ما يلي:

١. التشريع التونسي: حيث كان أول من أوجد هذه الحماية من خلال إصداره قانون حماية المستهلك رقم ١١٧ لسنة ١٩٩٢م[١]، الذي نظم فيه حماية المستهلك التقليدي، ثم إصداره للقانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م الخاص بالمبادلات التجارية والالكترونية، والذي فرض بعض الالتزامات على عاتق البائع عند إبرام المعاملات التجارية الالكترونية حماية للمستهلك وذلك في المواد ٢٥-٢٩ ، ٣٤-٣٦ .

٢. وفي سلطنة عُمان صدر القانون رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٢م بشأن حماية المستهلك[٢] الذي تطرق الى التزامات المزود، وضرورة التزامه بقواعد حرية المساواة والمعاملة العادلة، كما فرض على المزود ضمان السلع والخدمات التي يزود بها المستهلك، وأبطل كافة الشروط المجحفة أو التي من شأنها إعفاء المزود من المسؤولية المدنية تجاه المستهلك بجميع صورها. كما صدر قانون المعاملات الالكترونية العُماني بالمرسوم السلطاني رقم ٦٩ لسنة٢٠٠٨م الذي أوضح أوجه حماية المستهلك في الفصل الثالث منه عند إبرام العقود عبر الشبكة[٣] .

٣. أما في لبنان فقد صدر القانون رقم ١٣٠٦٨ لسنة ٢٠٠٤م والخاص بحماية المستهلك[٤]، حيث هدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة التي ترعى حماية المستهلك وصحة وسلامة السلع والخدمات وضمان جودتها، كحماية المستهلك من الغش والإعلان المخادع، فقد ورد في نص المادة الأولى منه على أنه لا ينطبق هذا القانون إلا على العلاقات التي يكون أحد طرفيها مستهلكاً فقط.

---

(١) قانون حماية المستهلك التونسي رقم ١١٧ لسنة ١٩٩٢م، الصادر في ٧ ديسمبر ١٩٩٢م.

(٢) صدر المرسوم السلطاني رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٢م بشان حماية المستهلك في ٢٨ أغسطس ٢٠٠٢م ونشر في الجريدة الرسمية برقم ٧٢٦ في ٢٠٠٢/٩/١م.

(٣) صدر المرسوم السلطاني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨م بشان المعاملات الالكترونية في ١٧ /٥/ ٢٠٠٨م ونشر في الجريدة الرسمية برقم ٨٦٤ في ٢٠٠٨/٥/١٧م.

(٤) صدر القانون اللبناني بشأن حماية المستهلك بموجب القانون الالشتراعي رقم ١٣٠٦٨ لسنة ٢٠٠٤م بتاريخ ٥ أغسطس ٢٠٠٤م.

٤. وفي دولة الإمارات العربية المتحدة صدر القانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦م في شأن حماية المستهلك[١]، فكان هذا القانون سداً منيعاً في مواجهة المهني لكونه ضمن للمستهلك الأمان القانوني في ظل السوق المفتوحة، كما صدر القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦م، في شأن معاملات التجارة الالكترونية[٢]، والذي أعطى المستهلك جملة من الحقوق التي تضمن له الحماية، وكذلك الشأن في القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م، الخاص بمعاملات التجارة الالكترونية لإمارة دبي والذي وضع سلسلة من القواعد القانونية لحماية المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية، وخاصة العقود.

ولم يكن صدور القوانين الخاصة بهذه التصرفات كافياً دون صدور قانون آخر يعتمد الوسائل الالكترونية ويضفي عليها ذات الحجية المقررة لوسائل الإثبات الأخرى فكان صدور القانون الاتحادي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦م، بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١٠) ١٩٩٢م[٣]، الذي نظم قواعد تحمي المستهلك الالكتروني في الإثبات وغيرها من الأوضاع التي يكون المستهلك فيها بحاجة للحماية.

٥. وفي مصر صدر القانون رقم ٦٧لسنة ٢٠٠٦م بشأن حماية المستهلك الذي نظم القواعد الخاصة بحماية المستهلك في مجال التجارة التقليدية[٤]، وهي قواعد يمكن الاتكاء عليها في حماية المستهلك الالكتروني، كما خصص مشروع قانون التجارة الالكترونية الصادر عام ٢٠٠١م الفصل السابع منه لوضع قواعد خاصة بحماية المستهلك.

بيد أنه على الرغم من قصور تلك القواعد إلا أنها تعد بداية مشجعة تحث المشرع عند إصدار القانون على تبني قواعد أكثر وضوحا وحماية للمستهلك، بحيث تحقق الحماية الكاملة له وتغطي النقص الذي لحق قانون حماية المستهلك الذي لم يكن في بال المشرع عند وضعه سوى المستهلك التقليدي، كما صدر قانون التوقيع الالكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م الذي راعى جوانب التجارة الالكترونية ومعاملات المستهلك من خلال تلك الوسائل الحديثة[٤].

---

(١) صدر القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦م بشأن حماية المستهلك في ٢٠٠٦/٨/١٣م.

(٢) صدر القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم١ لسنة ٢٠٠٦م بشأن المعاملات الالكترونية في يناير ٢٠٠٦م ونشر في الجريدة الرسمية العدد ٤٤٢ السنة السادسة والثلاثون.

(٣) صدر القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٦م بشأن تعديل بعض احكام قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١٩٩٢/١٠م، صدر في ٢٠٠٦/١٠/٩م ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/١٢م العدد ٤٥٥.

(٤) صدر قانون حماية المستهلك المصري في ٢٠٠٦/٥/١٩م ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٠م العدد ٢٠ مكرر.

(٥) نشر قانون التوقيع الالكتروني المصري في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٢ابريل ٢٠٠٤م العدد ١٧ تابع(د).

٦. وفي الجمهورية اليمنية صدر القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦ في شأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية[(١)]، ولقد نظم القانون بعض أوجه الحماية الخاصة بالمستهلك في التعاملات الالكترونية والمالية، ثم أعقبه صدور القانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٨م بشأن حماية المستهلك[(٢)]، والذي أعطى للمستهلك الحماية الخاصة حيث جاء في المادة ٤/أ إن هذا القانون تسري أحكامه على المعاملات التقليدية والحديثة بما فيها معاملات التجارة الالكترونية.

٧. وفي سوريا صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٨ في شأن حماية المستهلك، الذي أعطى للمستهلك الحماية الخاصة، عند التعاقد التقليدي، وشدد على حماية المستهلك في جميع مراحل التعاقد، ويمكن تطبيق تلك القواعد على التعاقد الالكتروني[(٣)].

٨. أما في الأردن فقد صدر القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الالكترونية[(٤)]، وهو يضع حماية للمستهلك في بعض الجوانب القانونية كتحويل الأموال وقواعد الإثبات وغيرها، إلا أنه لم يفصّل قواعد الحماية في معاملات التجارة الالكترونية بشأن البيوع. وهناك مشروع قانون لحماية المستهلك ٢٠٠٦م، الذي ينظم القواعد الخاصة بحماية المستهلك التقليدي ويمكن للمشرع عند صدور القانون أن يطور القواعد الخاصة بحماية المستهلك الالكتروني وتوسيع قواعد تلك الحماية.

---

(١) نشر القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦م في الجريدة الرسمية العدد ٢٠٠٦/٢٤، ٢٠٠٦/١٢/٢٨م .

(٢) صدر القانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٨م بشأن حماية المستهلك ونشر في الجريدة الرسمية العدد ١٧ بتاريخ ١٥ سبتمبر ٢٠٠٨م.

(٣) صدر القانون السوري رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٨م بشأن حماية المستهلك بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٠م.

(٤) صدر القانون الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الالكترونية ونشر في الجريدة الرسمية العدد ٤٥٢٤ بتاريخ ٣١/ ١٢/ ٢٠٠١م.

المطلب الثاني
مفهوم المستهلك الالكتروني

اهتم المشرع قديماً بعملية الإنتاج والتوزيع، كونها محور العملية الاقتصادية وأساس الاقتصاد القومي. وقد كانت العمليات التجارية تتم في إطار تقليدي حيث يتمكن كلّ من أطراف العقد من تحديد خياراتهم وأولوياتهم وحماية مصالحهم المشتركة، إلا أنه ومع التقدم العلمي الهائل الذي يشهده العصر الحديث ومع دخول شبكة الانترنت[١] كوسيط بين المنتجين والموزعين من طرف والمستهلكين من طرف آخر، فقد تزايدت الأهمية الحيوية لتدخل المشرع لفرض الحماية اللازمة للمستهلك نتيجة للاختلالات التي لحقت العقود التي تتم بين الأخير وكلٍ من المنتجين والموزعين.

من هنا برزت الحاجة إلى سن تشريعات تضع الحماية القانونية للمستهلك، ولكن يبقى من الصعوبة بمكان تحديد مفهوم المستهلك تحديداً واضحاً وذلك في ظل الخلاف الواضح بين الفقهاء ومعهم القضاء في بيان مفهوم المستهلك[٢].

أولاً: المفهوم القانوني للاستهلاك Consumption

إذا كان رجال الاقتصاد يعرفون الاستهلاك بأنه " آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات" ،فهل يمكن نقل هذا المفهوم الاقتصادي وتحويله إلى مفهوم قانوني ؟.

---

(١) إن وسائل الاتصال الحديثة وخصوصا الانترنت أصبحت إحدى أهم الوسائل الحديثة للتسوق وإبرام العقود بالرغم مما تكتنفه من ممارسات غير عادلة فقد أشارت بعض التقارير الرسمية ؛ انه لدى كل واحد من خمسة أفراد من الأمريكيين مشكلة تتعلق بالشراء عبر الانترنت، انظر في تلك المشكلات؛

Karen Alboukrek: **Note: Adaptiong To A New World Of E-Commerce**: The need for uniform consumer protection in the international electronic marketplace, George Washington International Law Review 425, 2003, p.14.

See also : ECOM WORLD , searching for the wisdom of Solomon in EC Disputes, at : http//www.ecomworld.com/htmlgovern/06100,1.htm c last visited Dec.1,2000.

See also: Report To Congress: The Anticybersquatting Consumer Protection Act of 1999,section 3006 concerning the abusive registration of domain names. Available online: www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/tmcybpiracy/repcongress .pdf.

(٢) يعد مصطلح المستهلك دخيل على الفقه القانوني، فهو في الأصل مصطلح اقتصادي، حيث يعد الاستهلاك من الناحية الاقتصادية آخر الدورة الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع حاجات الفرد المختلفة، للمزيد د. خالد ممدوح إبراهيم؛ حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص١٧.

نظراً لأن هذا المصطلح أصبح من ضمن مفردات القانون، أصبح لزاماً على فقهاء القانون أن يحددوا معناه القانوني، فالاستهلاك في القانون يعرف بأنه " التصرف القانوني الذي يبرمه المستهلك للحصول على السلع والخدمات التي يشبع بها احتياجاته الشخصية أو العائلية"(١).

مما سبق نجد أن التنظيم القانوني يستهدف الاستهلاك كتصرف قانوني، ولا ينحصر في الأشياء القابلة للاستهلاك أياً كانت، فمصطلح الاستهلاك إذاً يشمل جميع التصرفات القانونية، بما فيها المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية الانترنت التي يكون الهدف منها الحصول على السلع، سواء السلع القابلة للاستهلاك أو السلع المعمرة، والخدمات بمختلف أنواعها(٢).

ثانيا: تعريف المستهلك الالكتروني

من المعلوم أن المستهلك في المعاملات التي تتم عبر الانترنت هو نفسه المستهلك في العمليات التعاقدية التقليدية، إلا أن الوسيلة اختلفت، مما يعني أن المستهلك الالكتروني له نفس الحقوق التي يتمتع بها المستهلك العادي، مع الأخذ في الاعتبار القواعد الخاصة بخصوصية التعاقد الالكتروني.

وفي تعريف المستهلك بوجهٍ عام يكاد الفقه يُجْمِعُ على أن المستهلك هو" كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية"(٣) وليس الغرض من الحصول على هذه السلع والخدمات للاستعمال المهني أو التجاري(٤).

---

(١) د. حسن عبد الباسط جميعي:حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م ص٨ وما بعدها.

(٢) انظر:

Christine Riefa:**The reform of electronic consumer contracts in Europe**: towards an effective legal framework?, Lex Electronica, vol. 14 n°2 (Fall 2009),p.17.

(٣) د. السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشاة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٦ص ٨.

(٤) د. حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة – دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٧م ص١٣.

من التعريف السابق يتبين لنا المحددات أو العناصر الرئيسية التي أجمعت عليها التشريعات الدولية[(١)]، والوطنية[(٢)]، وتبعها في ذلك الفقه[(٣)]، والقضاء[(٤)]، في تحديد وصف المستهلك والتي من خلالها يمكن تمييز المستهلك من غيره وتجعله جديراً بالحماية المقررة له في القانون، وذلك بالنظر إلى الهدف من الحصول على هذه السلع والخدمات وموضوع هذا التعاقد وأطرافه وذلك على النحو التالي:

المحدد الأول: الهدف من الاستهلاك، وهو الدافع وراء سعي المستهلك من أجل الحصول على السلع والخدمات وذلك بغرض إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، بمعنى أن يكون

---

(١) حيث نجد ان هذه العناصر الرئيسية قد تبنتها الكثير من الاتفاقيات الدولية التي أولت المستهلك بشيء من الحماية الخاصة كما هو الشان في اتفاقية روما ١٩٨٠م في المادة ٥ وهو كذلك في لائحة روما الاولى المعدلة للاتفاقية في المادة ٦، كما نجد ذلك في اتفاقية بروكسل ١٩٦٨م ولائحة بروكسل المعدلة لها في المادة ١٥، وهو كذلك في مشروع اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين والذي تم تبنيه في الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في ٢٥ اكتوبر ١٩٨٠م المادة ٥و٦ راجع اعمال الدورة الرابعة عشرة على الرابط التالي:
http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=926
وقد كان ذلك اكثر وضوحا في التوجيهات التي راعت حماية المستهلك في كثير من الجوانب وخصوصا العقود عن بُعد، للمزيد انظر:
notion of consumer in the EU Directives: Directive 85/577, Art. 2 , Directive 90/314, Art. 2/4, Directive 93/13, Art. 2/b , Directive 94/47, Art. 2, Directive 97/7, Art. 2/2 , Directive 98/6, Art. 2/e, Directive 99/44, Art. 1/2/a-c, Directive 87/102, Art. 1/2/a, Directive 2000/31, Art. 2/e , Directive 2002/65, Art. 2/d, Directive 2005/29, Art. 2/a..

(٢) راجع ماسبق بيانه في الملامح العامة لحماية المستهلك الالكترونية، ص٢٠.

(٣) للمزيد في تناول هذه المحددات والتعليق عليها انظر: د. مساعد زيد عبد الله المطيري:الحماية المدنية للمستهلك في القانون المصري والكويتي، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٧م ص٢٧، د. أسامه أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ٢٠٠٥- ص٦٣ وما بعدها، د. خالد جمال أحمد حسن: الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٦م ص٢٠ وما بعدها، د. كيلاني عبد الرضى محمود: مفهوم المستهلك كاساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك الفرنسي، بحث مقدم لمؤتمر تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار، الذي نظمته كلية الحقوق بجامعة المنصورة خلال الفترة (٢٩ – ٣٠) مارس ٢٠٠٥م بالقاهرة ص٦١ وما بعدها. وفي الفقه الأجنبي انظر:
Ewoud Hondius: **The Notion of Consumer**: op. cit. p.93

(٤) حيث نجد أن هذا هو النهج الذي تبناه العديد من أحكام القضاء كما هو الشان في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٩٣م، وحكمها في ٢٨ أبرل ١٩٨٧م، وكذلك حكمها في ٣٠ اكتوبر ١٩٧٩م، وحكمها الصادر في ٢٤ يناير ١٩٩٥م وحكم المحكمة الصادر في ١٤ مارس ٢٠٠٠م وهو كذلك في حكم محكمة العدل الأوربية في القضية **Gruber v Bay Wa AG Case C-464/01 [2005] ECR1-439** متاحة على الربط التالي:
http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=C-464/01%20[2005]%20ECR1-439&td=ALL.

تعاقد المستهلك مع المهني من أجل الحصول على السلع والخدمات لاستعمالها في أغراض غير مهنية[١].

ومن ثم يكون مستهلكاً كل شخص لايمارس اختصاصاً مهنياً من وراء تعاقده سواء تم هذا التعاقد عبر الانترنت أو خارجه، وعليه فكل مهني يتعاقد خارج نطاق اختصاصه المهني يعد مستهلكاً تجب له الحماية القانونية[٢]. وقد اعتمدت محكمة العدل الأوربية هذا المحدد حيث يشترط لتمتع المستهلك بقواعد الحماية، أن يكون تصرفه لغرض مستقل تماما عن حاجات نشاطه التجاري والمهني، وهي بذلك تعتمد هذا التحديد بناءً على مضمون وطبيعة وغرض التعاقد ليشمل بذلك حتى المهني الذي يتعاقد بعيداً عن نشاطه المهني أو التجاري[٣].

المحدد الثاني: وهو موضوع التعاقد حيث يقصد به حصول المستهلك على السلع والخدمات، فالفقه يُجْمِع على أن موضوع تعاقد المستهلك مع المهني هو الحصول على سلعة أو خدمة من أجل استهلاكها[٤]، فكل الأموال يمكن أن تكون محلاً للاستهلاك، إذا تم شراؤها واستعمالها لغرض غير مهني مهما كان استهلاكها قصيراً ، كالمنتجات الغذائية، أو طويلاً كالسيارات والأجهزة المنزلية[٥].

أما تعاقد المستهلك من أجل الحصول على الخدمات services " فهي تشمل كل الخدمات التي تقدم للمستهلك مقابل ادائه لمبلغ نقدي وقد تكون هذه الخدمات ذات طبيعة مادية مثل الخدمات التي تؤديها شركات النظافة للمستهلك، أو قد تكون خدمات ذات طبيعة ثقافية كتلك التي تؤديها المكاتب الهندسية والاستشارات القانونية، أو خدمات ذات طبيعة مالية كالتأمين والقرض...الخ"[٦].

---

(١) فلفظ المستهلك يتسع ليشمل إلى جانب غير المهني ، ذلك المهني الذي يبرم تصرفاً قانونيا لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية أو حتى غير المهنية من السلع أو الخدمات، والتي لا تدخل في دائرة نشاطه المهني. في هذا المعنى انظر:

Ewoud Hondius: **The Notion of Consumer**: op. cit. p.94.

(٢) في مثل هذا المعنى د. أسامه أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، مرجع سابق، ص٦٣ .

(٣) انظر حكم المحكمة في القضية **Gruber v Bay Wa AG Case C-464/01 [2005] ECR1-439** السابق الإشارة إليه في الصفحة السابقة هامش٤.

(٤) وهذا بخلاف الشخص الذي يشتري السلعة أوالخدمة من أجل إعادة بيعها الذي حددته المادة الرابعة من قانون التجارة المصري الجديد، التي حددت التاجر (أ)بانه من يقوم " بشراء المنقولات أياً كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بعد تهيئتها في صورة أخرى، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات، (ب) استئجار المنقولات بقصد تأجيرها....".

(٥) د. مساعد زيد عبد الله المطيري:الحماية المدنية للمستهلك في القانون المصري والكويتي، مرجع سابق، ص٢٧.

(٦) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل:حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق، جامعة حلوان٢٠٠٠ ص٢٧.

المحدد الثالث: أطراف عقد الاستهلاك، فحتى نكون بصدد عقد استهلاك يجب أن يكون أحد طرفيه مستهلك والآخر مهني(١)، فالفقه يُجمِع على أنه حتى نكون بصدد عقد استهلاك لابد وأن يكون أحد أطراف هذا العقد له صفة المستهلك" حيث يؤدي وجود هذين الطرفين إلى إمكان وجود اختلال في التوازن في العلاقة العقدية مما يبرر حماية المستهلك، أما العقود المتكافئة بين المستهلكين فقط فلا يوجد مبرر لهذه الحماية"(٢).

وعليه فإن تلك العقود التي تكون بين مستهلكين أو مهنيين تخرج من نطاق الحماية المقررة للمستهلك بكونه الطرف الضعيف في العقد وهو ما أقرته الاتفاقيات الدولية كاتفاقية روما ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مادتها الخامسة وهو في المادة السادسة من لائحة روما الأولى المعدلة لتلك الاتفاقية(٣)، وسارت على ذات النهج التشريعات الوطنية الخاصة بحماية المستهلك كما هو الشأن في المادة (ل ١٣٢-١) من القانون رقم ١٩٦-٩٥ الصادر في ١ فبراير ١٩٩٥م بشأن حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في فرنسا(٤).

---

(١) بل إن البعض يضع كل من يستعمل سلعاً أو يستفيد من خدمات بإذن من المستهلك المشتري، يعتبر مستهلكاً، ويحق لهم مقاضاة البائع عما لحق بهم من أضرار على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية، ويعتبر هذا توسع محموم لفرض الحماية للمستهلك في ظل السيل الجارف والعارم من أساليب الإبهار والإغراء والخداع، للمزيد في ذلك انظر:

Mehta, Swati Mehta: **Consumer Protection in India**: The Path Covered and the Journey Forward (March 5, 2010).p.1, Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1565522..

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل:حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٧.

(٣) حيث جاء نص تلك المادة في لغته الأصلية على النحو التالي:

REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) **Art. 6**: " *Without prejudice to Articles 5 and 7, a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence, provided that the professional:*"

(٤) حيث جاء نص هذه المادة في لغته الأصلية على النحو التالي:

Art. (L 132-1)“ *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*”.

وهنا يطرح البعض تساؤلاً مفاده هل المستهلك هو الشخص الطبيعي فقط؟ أم أنه لفظ يتسع ليشمل الشخص المعنوي أيضاً وفق هذه التعريفات؟ فبالرغم من أن بعض التعريفات الفقهية والتشريعية التي تعرضت لتعريف المستهلك تقصر هذا الوصف على المستهلك الطبيعي فقط وهو ما سارت عليه بعض أحكام القضاء كحكم محكمة العدل الأوربية في قرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١١/٢٢م حيث تقول " إن المقصود بالمستهلك الوارد في المادة الثانية من التوجيه الأوربي رقم ٩٣/١٣ بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك ، هو فقط الشخص الطبيعي"(١) .

إلا أن هذا القصر غير مقبول لدى الكثير من الفقه(٢)، وذلك بالنظر إلى اعتبارات النظام الاقتصادي والقانوني وهو تحقيق التوازن بين المصالح وتحديد من يكون المفترض به تحمل الضرر الذي يقع، هل المهني أم المستهلك حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٨ ابريل ١٩٨٧م إلى أن الشركة التي تركب أجهزة إنذار بمناسبة أدائها لنشاطها المهني يعد خارجاً بالضرورة عن اختصاصها المهني الدقيق ومن ثم تتمتع بالحماية القانونية اللازمة(٣).

وهو ما تأخذ به التشريعات الحديثة التي تقرر الحماية الخاصة للمستهلك لكونه الطرف الضعيف في هذه العلاقة يستوي في ذلك الشخص الطبيعي والمعنوي وذلك سواءً كان تعاقده بالطرق التقليدية أو من خلال شبكة الاتصال العالمية الانترنت(٤) .

---

(١) انظر حكم المحكمة:

ECJ judgment of 22 November 2001, joined cases C-541/99 and C-542/99 - Cape Snc v Ideal service Srl and Ideal service MN RE Sas v OMAI Srl [2001], ECR I-9049," *The term 'consumer', as defined in Article 2(b) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, must be interpreted as referring solely to natural persons*." Available online:http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en.

(٢) يقول فقهاء الأصول أن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما، فجهل المستهلك للأمور الفنية المتعلقة بالمنتج يشترك فيها الشخص الطبيعي والمعنوي، بل إن الوضع في عقود التجارة الالكترونية يكون اعقد والخطر الذي يتعرض له المستهلك اكبر وأسرع، ومن ثم يشترك الاثنان في الحماية الخاصة للمستهلك. للمزيد انظر د. محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان ، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون ، التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة (٦ – ٧) ديسمبر ١٩٩٨م ص٣، د. كيلاني عبد الرضى محمود: مفهوم المستهلك كاساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك الفرنسي، مرجع سابق، ص٦١ وما بعدها.

(٣) **Cass 1re civ, 28 avr .1987**. مشار إليه لدى د. أسامه احمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ، مرجع سابق، ص٦٥. وحكمها الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٨٩م مشار إليه عند حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص١٨.

(٤) انظر:

John Dikie: **internet and electronic commerce – law in the European union**, HART publishing , oxford 1999.p.18.

ولعلنا نخلص إلى القول بأن مصطلح المستهلك الالكتروني هو تعبير مستحدث لا يختلف عن مفهوم المستهلك التقليدي، إلا من حيث الوسيلة التي يستخدمها المستهلك المتعاقد عن بعد[(١)].

التعريف المقترح: مما تقدم يرى الباحث، أن تحديد مفهوم المستهلك الالكتروني يجب أن يراعي مجموعة من الاعتبارات وأبرزها التالي:

١. إن الهدف من التزود بالسلع أو الخدمات هو إشباع حاجيات المتعاقد الشخصية أو العائلية أو احتياجاته فيما يتعلق بحسن أداء واجبه أو التزامه تجاه الآخرين ولا تدخل في مهنته أو تؤثر فيها بشكل مباشر، أما من يتعاقد من أجل الحصول على السلع أو الخدمات من أجل إعادة بيعها أو تحويلها أو تخزينها أو دمجها بغيرها فإنه يخرج من وصف المستهلك، بل هو المحترف كما عرفه القانون التجاري[(٢)].

٢. لا فرق بين أن يتعاقد الشخص على سلع استهلاكية كالمأكولات والملابس والأدوية وغيرها، أو من أجل الحصول على الخدمات اللازمة لتسيير الحياة اليومية له:كالنقل، والتنظيف، أو التأمين وحتى الاستشارات القانونية.

٣. إن وصف المستهلك الالكتروني، لا يقتصر على الأشخاص الطبيعيين فقط، بل يمتد إلى الأشخاص المعنويين بصورهم المختلفة، فالشخص المعنوي قد يتعاقد من أجل الحصول على خدمات أو سلع تلزمه للعاملين لديه أو حتى من أجل الحصول على الخدمات التي تلزمه لأداء المهام المنوطة به[(٣)]، وهو ما تؤكده محكمة الاستئناف الانجليزية في حكمها الصادر في ٢١ ديسمبر ١٩٨٧م حيث اعتبرت المحكمة الحكومتين الأسبانية والفرنسية مستهلكتين بالنسبة لعقدهما مع شركة توريد سيارات ومن ثم فقد قضت ببطلان الشروط غير المعقولة في العقد والتي تحرم المستهلك (أسبانيا وفرنسا) من حقهما في الرجوع على الشركة بثمن السيارات[(٤)].

---

(١) د. محمد المرسي زهرة:الحماية المدنية للتجارة الالكترونية(العقد الالكتروني، الإثبات الالكتروني، المستهلك الالكتروني)، دار النهضة العربية،٢٠٠٨، ط١ ص٧٧.

(٢) وهو ما سار عليه القانون التجاري المصري في بيان التاجر من غير التاجر وذلك في المادة الرابعة منه.

(٣) انظر:

Ewoud hondius: **The Notion Of Consumer**, op. cit, p.94.

(٤) انظر حكم المحكمة في القضية **R &B Customers Brokers Ltd v UDT Finance Ltd [1988] 1 All ER 847** الحكم متاح على الرابط:

http://www.iucedu.eu/group/sem1_L2/2012%20CCOMLA/case%20law/R_B_Customs_Brokers_Co_Ltd_v_United_Domini.PDF.

٤. وفيما يرتبط بأطراف العلاقة فإنه لابد من أن يكون أحد الأطراف له صفة المستهلك حتى تنطبق عليه أحكام الحماية المقررة في القانون، بمعنى أن يكون العقد مبرماً بين مستهلك ومهني (B2C) [(١)]، أما العقود التي تبرم بين مهني ومهني (B2B) [(٢)]، أو بين مستهلك ومستهلكاً آخر(C2C)[(٣)]، فإنها لا تدخل تحت هذه الحماية الخاصة، إذ العلة في بسط الحماية للمستهلك في الصورة الأولى هو كونه طرفاً ضعيفاً جديراً بالحماية في مواجهة المهني المحترف الذي يتمتع بالخبرة والدراية اللازمة لإبرام العقد في إطار تخصصه المهني أو التجاري[(٤)].

٥. أياً ما كانت وسيلة التعاقد تقليدية أو عبر الوسائط الالكترونية، عبر الانترنت، فالمستهلك يتمتع بالحماية القانونية المقررة في القانون، مادام قد توافرت فيه الاعتبارات السابقة، فلا فرق بينهما، بالإضافة إلى تلك الحماية الخاصة التي يتمتع بها المستهلك الالكتروني على وجه الخصوص، وذلك في التشريعات التي تنظم التعاقد عن بعد.

ويرى الباحث بأن التعريف المناسب للمستهلك الالكتروني يمكن أن يتمثل في أنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي، الذي يتزود بالسلع أو الخدمات أياً كان نوعها، ويتسلمها ماديا أو حكمياً، بمقابل أو بدون مقابل، لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية الخاصة أو العامة، مادام أنها لا تتعلق بأعمال مهنته، عبر الشبكة العالمية الانترنت".

---

(١) هو اختصار للمصطلح الانجليزيBusiness To Consumer.

(٢) هو اختصار للمصطلح الانجليزيBusiness To Business.

(٣) هو اختصار للمصطلح الانجليزيConsumer To Consumer . للمزيد في نوع هذه البيوع انظر:
Andrés Guadamuz González: **The Legal Implications Of The C2C Electronic Commerce Model**, Available online: http://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream /1842/2259/ 1/ eBaylaw.pdf.

(٤) راجع في إشكالية التفرقة بين المهني والمستهلك، د. كيلاني عبد الرضى محمود: مفهوم المستهلك، مرجع سابق، ص٢٣ومابعدها، د. عاطف عبد الحميد حسن:حماية المستهلك، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م ، ص١٧ وما بعدها، د. عدنان إبراهيم حسان:"المهني" المفهوم والانعكاسات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العددالأول٢٠٠٤م، ص٥٣ ومابعدها، د. السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مرجع سابق، ص٩ وما بعدها.

المطلب الثالث
خصائص عقود المستهلكين الالكترونية

إن الطابع الدولي بل العالمي لنشاط الشبكة المعلوماتية الانترنت يضع ما يقرب من مائتي دولة من دول العالم في حالة اتصال دائم، إذ تنشر البيانات والمعلومات التي يتم إدخالها وتحميلها على الشبكة في ثوان معدودة في كل دولة من الدول المرتبطة بهذه الشبكة، فتكون متاحة لأي مستخدم على الخط[١].

ونظراً للأهمية الحيوية للتجارة الالكترونية[٢]، بالنسبة لاقتصاديات الدول الشركات والمؤسسات، وهي كذلك للأفراد، كان من الضروري وضع تنظيم قانوني لها يراعي طابعها الدولي وعائدها الاقتصادي، فالمعاملات التجارية الالكترونية[٣] تشمل كل

---

(١) إن شبكة المعلومات الدولية Internet لها طابع دولي وعابر للحدود ، حيث يشير مسماها إلى ذلك، فاصل كلمة internet هو في الأصل مكون من كلمتين الأولى inter وهو اختصار لكلمة international أي الدولية، وأما الثانية فهي اختصار لكلمة network والتي تعني الشبكة و وهو ما يعني الشبكة الدولية، وهي معروفة بتبادل المعلومات والبيانات دون هيمنة من منظمة أو هيئة مؤسسية أو حكومية أو غير حكومية، ولا توجد إدارة مركزية لها، للمزيد انظر:

Peter Carey, **The Internet and E-commerce**, Published by Thorogood, London,2001.p.3.

(٢) للمزيد انظر:

Report to the Ranking Senate Minority Member of the Joint Economic Committee International Electronic Commerce Definitions and Policy Implications, March 2002, p.12.

(٣) فالتجارة الالكترونية كمنظومة تتكون من مجموعة من العناصر المكونة لها:

- المنتج : وهو المصنع للسلع أو الشركة المنتجة للسلع أو الخدمات.
- المستهلك: وهو المشتري الذي يبحث عن شراء سلعة أو خدمة معينة عن طريق الشبكة.
- الأسواق الالكترونية: وهي تلك الأسواق التي تخصص لها مواقع يتم من خلالها بيع السلع أو الخدمات إلى المستهلكين .
- بنية التطبيقات: وهي مجموعة برامج معدة لإجراء عمليات البيع والشراء.
- الانترنت: وهي عبارة عن شبكة ضخمة مكونة من عدة أجهزة حواسيب مرتبطة ببعضها الكترونياً، والمنتشرة حول العالم والتي يحكمها نظام تشغيل معين.
- الأنظمة القانونية: والتي يمكن من خلالها حماية المستهلكين، والمنتجين، وحماية الحقوق الأدبية، والفنية، والرسم، والضرائب.
- مقدمي خدمات الدفع: هي عبارة عن شركات تقنية المعلومات لبناء خدمات الدفع الالكتروني.
- مقدمي الخدمات الأمنية(شركات الأمن المعلوماتية): وهي الشركات التي تؤمن الحماية الأمنية للأجهزة والشبكات، وكذلك تؤمن الحماية للاتصالات التي تتم عبر الشبكة بجميع صورها. للمزيد انظر:

Peter Carey: **The Internet and E-commerce**, op. cit, p.4.

معاملة ذات طابع تجاري أو استهلاكي، كالبيوع، والاستيراد والتصدير، وحجز تذاكر السفر والفنادق والمعاملات المصرفية وغيرها من العقود والتصرفات القانونية التي تسير الحياة اليومية.

وقد ورد تعريف عقود التجارة عن بعد في المادة الثانية من التوجيه الأوربي الصادر عن الاتحاد الأوروبي رقم ٩٧/٧ في ٢٠ مايو ١٩٩٧م بشأن حماية المستهلكين على النحو التالي "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات يتم إبرامه بين متعهد توريد ومستهلك، باستخدام تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد عند إبرام العقد وتنفيذه"[(١)] . هذا وقد اهتمت التشريعات المختلفة بعقود التجارة الالكترونية، التي هي في أغلبها عقود مستهلكين ووضعت القواعد القانونية والحمائية لها، مما زاد الثقة في التعامل عبر الشبكة العالمية[(٢)] .

وعلى كلٍ فإن عقود المستهلكين الالكترونية- عبر الانترنت- يمكن وصفها بأنها " تلك العقود التي يكون موضوعها توريد أشياء منقولة ماديا أو خدمات لفرد، هو المستهلك، عبر الوسائل التكنولوجية المتعددة وخصوصاً الشبكة الدولية، وذلك من أجل استخدامه

---

(١) انظر النص:

Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, distance ART,2,1 *"contract` means any contract concerning goods or services concluded between a supplier and a consumer under an organized distance sales or service-provision scheme run by the supplier, who, for the purpose of the contract, makes exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the moment at which the contract is concluded".*

(٢) فقد ترددت على السنة الكثيرين عدم وجود ضمانات حقيقية لحماية المستهلك من الغش والخداع والإعلانات الكاذبة عبر الانترنت، كما ان أعمال القرصنة التي تهدد شبكات ونظم المعلومات قد أرعب الكثير ، فكان ذلك دافعاً وراء عزوفهم عن التعامل مع الشبكة العالمية، مما زاد من تسارع تدخل المشرع لحماية التجارة الالكترونية ووضع النظم الكفيلة باستعادة ثقة المستهلكين، وهو ما يفسر زيادة عدد المستهلكين في العالم، إلا أننا في العالم العربي نلاحظ تأخر المشرع في سن تلك القواعد لبسط هذه الحماية وقلة التوعية بأهمية التجارة الالكترونية ودورها في تنمية اقتصاديات المجتمع، وهو ما يفسر البطء في زيادة مستخدمي الشبكة العالمية في العالم العربي للأغراض التجارية. فوفقاً لتقرير ماركيتر السنوي في عام ٢٠٠٦م بلغ حجم سوق التجارة الالكترونية في أوربا ١٣٣ مليار دولار، ويتوقع أن تبلغ في عام ٢٠١١م إلى ٤٠٧ مليارات دولار، وتحتل بريطانيا وفرنسا وألمانيا أعلى نسبة في هذا المضمار حيث أخذت نصيب الأسد من حجم المبادلات التجارية الالكترونية، كما تشير هذه الإحصائيات إلى أن عدد المتعاملين في التجارة الالكترونية في ولاية فرجينيا الأمريكية بلغ في يوم واحد ٣ مليون فرد، أما في الصين فقد بلغ حجم التجارة الالكترونية في الربع الأول من ٢٠١٠م حتى ٢٥ مايو ٢٠١٠م ١،٠٢٠ترليون يوان، وفقاً للإحصائيات الصادرة عن **iresearch** وهي شركة استشارية في الصين، انظر:

. http://www.gspay.com/the-e-commerce-market.php

الشخصي أو العائلي، دون أن تكون له صلة بنشاطه التجاري أو المهني"[١]. وتبعاً لهذا التعريف السابق فإنه يمكن الوقوف على سمات وخصائص عقود المستهلكين الالكترونية وذلك كما يلي:

أولاً: عقود المستهلكين الالكترونية نوع خاص من العقود التي تتم عن بعد[٢]:

الأصل في عقود التجارة الالكترونية أنها تتم عن بعد بجميع مراحلها، ابتداءً من التفاوض وانتهاءً بإبرام العقد و تنفيذه، حيث إنها تتم بين أطراف لا يجمعهم مجلس واحد، وعقود المستهلكين التي تتم عبر الشبكة العالمية الانترنت ، لا تفارقها هذه الصفة، ويعرف هذا النوع من العقود بأنه " كل بيع للأموال أو التعهد بتوريد خدمات يتم دون حضور مادي متزامن للأطراف، بين المورد والمستهلك من أجل إبرام العقد، وباستخدام واحد أو أكثر من تقنية الاتصال عن بعد"[٣].

---

(١) قارب في هذا التعريف عند:

Christine Riefa:**The reform of electronic consumer contracts in Europe**, op. cit, p.11.

ومن المعلوم أن العقود الالكترونية الاستهلاكية تتم وتنفذ على الشبكة وما يصاحبها من عمليات كلها تتم الكترونياً، فإبرام العقد الالكتروني يمر بمرحلتين: مرحلة سابقة، حيث يسبق عملية إبرام العقد عمليات تمهيدية كضمان أمن التسوق، وهذا الأخير مرتبط بضمان امن المعلومات، والتي تعد من أعقد العمليات التي تحكم المعاملات الالكترونية، فعمليات الاختراق التي تتم على شبكة الانترنت هي الخطر الأكبر على أمن معلومات التسوق ويمكن للمستهلك أن يتعامل مع المواقع ذات الثقة التي تتمتع بالأمان والحماية، وتتخلل عملية التعاقد مرحلة إثبات الهوية، بحيث يجب على كل طرف التحقق من هوية الطرف الآخر كما هو الحال في العقود التقليدية، وتتم عملية إثبات الهوية عن طريق تبادل رسائل البيانات عبر الحاسب الآلي أو البريد الالكتروني، مصحوبة دائماً بتوقيع الكتروني، وعادةً تكون هذه البيانات مشفرة، بحيث يضع المرسل علامة مشفرة لا يعلمها إلا الشخص الذي يتعاقد معه، بعدها يتم التعرف إلى أركان وشروط العقد اللازمة لصحته من رضا ومحل وسبب، وعلى البائع أن يزود المشتري – المستهلك- بكافة البيانات اللازمة التي تتعلق بمحل العقد، ثم يمر العقد الالكتروني بمرحلة الانعقاد حيث يقترن الإيجاب بالقبول ويكون مجلس العقد حكمياً يتبادل فيه كلٌ من الطرفين المعلومات المتعلقة بانعقاد العقد. للمزيد انظر، د. رضا متولي وهدان: النظام القانوني للعقد الالكتروني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، العدد ٤٢ أكتوبر ٢٠٠٧م، ص٤٢ وما بعدها، وفيما يتعلق بنماذج للأسواق الآمنة عبر الانترنت، انظر، د. عبد الحق حميش: حماية المستهلك الالكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، والذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات في الفترة ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣،ص١٣٨٢ .

(٢) لمزيد من التفصيل حول العقود التي تتم عن بعد انظر في الفقه العربي: د. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، قراءه تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٥م، ص١٧ وما بعدها. والفقه الأجنبي:

See: A short guide for businesson distance selling, Published by the Office of Fair Trading, available online: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/general/oft913.pdf.

See also: John Dikie:**Consumer Confidence and the ECDirective on Distance Contracts**, op. cit, p.218.

(٣) التوجيه الاوربي ٩٧/٧ الخاص بحماية المستهلك في العقود التي تتم عن بعد المادة ١/٢.

وقد ورد ذكر هذه العقود التي تتم عن بعد بين المستهلك والمهني في تقنين الاستهلاك الفرنسي المعدل ٢٠٠١م في المادة (١٢١-١٦ L) حيث نصت بأنها " كل أداء لمال أو لخدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني، والذين يستخدمون لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد"[١].

ووفقاً لما سبق، فإن طبيعة العقود التي تتم عن بعد أو السمة الأساسية التي توصف بها، هي عدم الحضور المعاصر لأطرافها في لحظة تبادل الرضا بينهم، فالعقد يبرم بين طرفين لا يتواجهان وجهاً لوجه في لحظة انعقاد العقد وتقابل الإرادتين[٢].

وفي عقود المستهلكين الالكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية الانترنت، فإنه يمكن القول أن مجلس العقد له خصوصية تأتي من الوسيلة ذاتها حيث إن تلاقي القبول و الإيجاب يكون على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وهو ما اختلف الفقه بشأن ما إذا كان التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين غائبين أم بين حاضرين. وهنا نعرض لهذه الاتجاهات بإيجاز، ونتبعها بالرأي الراجح في الفقه:

الاتجاه الأول: حيث يرى جانب من الفقه[٣] أن التعاقد عبر الانترنت هو تعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً، حيث يكون الطرفان على اتصال دائم ليس بالكتابة فقط بل بوسيلة سمعية بصرية، وهي وسيلة تحقق الحضور الافتراضي المعاصر بين الطرفين، حيث يتمكن الطرفان من إجراء حوار شامل حول بنود العقد وتنفيذه في ذات الوقت، بما يترتب على ذلك من عدم وجود فارق زمني بين الإيجاب والقبول والوفاء بالالتزامات من خلال الشبكة[٤]. وعليه، لا يمكن التسليم بفكرة الغياب عن مجلس العقد، فهو تعاقد بين حاضرين حتى ولو كان الحضور اعتبارياً[٥].

---

(١) ويجري نصها على النحو التالي:

Art L.121-16: « *Les dispositions de la présente section s'appliquent à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance.* ».

(٢) د. محمد حسين منصور: المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص١٦٦.

(٣) انظر في ذلك:

Murielle Isabelle Cahen: **la formation des contrats de commerce électronique**, Ratio Juris, Academic Journal, septembre,1999,p.28.

(٤) د. محمد المرسي زهرة : الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٨٠ وما بعدها، د. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص٢٠.

(٥) د. عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٤٨.

الاتجاه الثاني: يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التعاقد عبر الانترنت هو تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً، وذلك أن الإيجاب والقبول لا يصدران في ذات اللحظة بالإضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين، ويشبه هذا الاتجاه التعاقد عبر الانترنت بالتعاقد عبر الفاكس أو البريد التقليدي، فلا يوجد حضور مادي للأطراف فهؤلاء موجودون على الموقع لكن غير موجودين في ذات المكان[١].

الاتجاه الثالث: هنا يذهب جانب من الفقه إلى أن التعاقد عبر الانترنت يعد تعاقداً بين حاضرين زماناً وبين غائبين مكاناً، ويقترب هذا الفقه من تشبيه التعاقد عبر الانترنت من التعاقد عبر التليفون، فالإيجاب والقبول يتم بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة الانترنت وهنا يدخل العقد بين حاضرين في الزمان، إلا أن أطرافه يتواجدون في دول مختلفة ويقومون بتنفيذ التزاماتهم الالكترونياً عبر حدود تلك الدول وهو ما يعني أن العقد يكون في عداد العقود بين غائبين من حيث المكان[٢].

الرأي الراجح في الفقه: يذهب جانب من الفقه- جدير بالتأييد- إلى أن التعاقد عبر الانترنت لايتم تكييفه بطريقة مسبقة وآلية وإنما يرجع في ذلك إلى كل حالة على حدة، حيث تتعدد طرق ووسائل التعاقد عبر شبكة الانترنت ذاتها[٣].

فإذا ما كان التعاقد عبر وسائل الكترونية تجعل من مسألة بعد المسافة بين المتعاقدين أمراً ليس له قيمة فنكون بالتالي أمام تعاقدين بين حاضرين حيث يسمح للمتعاقدين بالتفاعل مع بعضهم البعض ، ولعل أقرب مثال إلى ذلك التعاقد الذي يجري عبر الفيديو كونفرنس، حيث تتجاهل هذه الوسيلة مسألة الزمان والمكان في الواقع المادي[٤].

---

(١) انظر في هذا الاتجاه: د. محمد حسين منصور: المسؤلية الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٣ وما بعدها، د. سامي مصطفى فرحان: تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٦م، ص٦٤، د. مراد محمود يوسف مطلق: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، رسالة دكتواه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ٢٠٠٧م، ص٤٨، د. عمر عبد الفتاح علي يونس: جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٨م، ص١٤٩.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١ ٢٠٠٠م، ص٦٨ وما بعدها، د. إيمان مأمون أحمد سليمان: الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٠٠٦م، ص١٥٠.

(٣) انظر في هذا الرأي: د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، درا النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٢م، ص١٣٢، د. أيمن ابراهيم العشماوي: مجلس العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩م، ص١٠٣، د. مصطفى أحمد أبو عمرو: مجلس العقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠١١م، ص٩٤، د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١م، ص٨٣.

(٤) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٣٢.

أما إذا اقتصر استخدام المتعاقدين للوسائل الالكترونية عبر شبكة الانترنت على مجرد إبلاغ بعضهم البعض بالإيجاب والقبول فقط أو تخللت عملية إبرام العقد مراحل زمنية، دون أن يكون هناك تحاور بين الأطراف أو تفاعل فيما بينهم، فإننا نكون أمام تعاقد بين غائبين[(١)].

إلا أنه من الملاحظ أن العقود التي تتم عبر الشبكة العالمية الانترنت قد يكتنفها نوع من الغموض، كالجهل بأهلية المتعاقد وكذلك عدم إلمام المستهلك بكل مواصفات المنتج، كما أن تعاقد المستهلك مع المهني قد يكون وفقاً لعقد نموذجي أعده الأخير ، وليس أمام الأول إلا القبول أو الرفض. ومن هنا يدور التساؤل هل يمكن أن تندرج عقود المستهلكين الالكترونية ضمن عقود الإذعان؟

ثانياً: عقود المستهلكين الالكترونية بين الرضائية والإذعان

يعرُف عقد الإذعان بأنه " العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين وهو المذعن، بشروط يمليها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وهو المشترط، فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون العرض موجهاً إلى الكافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة"[(٢)].

ويعرفه البعض الآخر بأنه " خضوع أحد الطرفين لعقد محرر سلفا من جانب واحد بحيث يتضمن تفصيلاً لكل شروط التعاقد بدون أية مفاوضات أو مناقشات من الجانب الآخر"[(٣)]، فما يميز عقود الإذعان هو ضعف الطرف المذعن وعدم تساويه في المركز مع الطرف الآخر للعلاقة – المهني-[(٤)]، وهو ما ينطبق على عقود المستهلكين عموماً، حيث يرى

---

(١) د. أيمن ابراهيم العشماوي: مجلس العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص١٠٣ وما بعدها.

(٢) وفقاً لهذا التعريف فإنه لكي نقول إننا أمام عقد إذعان، تبعاً لهذا الرأي، فإنه يجب أن تتوافر لـه عناصـر محددة: فالإيجاب يجب أن يكون عاماً ومستمراً ، وتكون القوة الاقتصادية للموجب بارزة فيـه، ويكون الإيجاب حتمياً على الموجب في هذه الصورة لأنه المحتكر للسلعة، كما أن الشروط التي تصدر عن الموجب تكون موحدة وتصب في اغلبها لمصلحة الموجب، أما القبول فإنه يكون من القابل الذي ليس لـه إلا قبول الإيجاب الموجه إليه بجميع بنوده وشروطه أو رفضه بكامله، وفي اغلب العقود، فإن خيار المستهلك في الرفض يكون صورياً لأنه في حاجة للسلعة وهو ما يفسر تعاقده وقبوله للشروط المجحفة بحقه. للمزيـد، انظـر: د.محمد إبراهيم بنداري: حماية المستهلك في عقد الإذعان، مرجع سابق، ص٨ وما بعدها.

(٣) انظر في ذلك:

Mo Zhang: **Contractual Choice Of Law In Contracts Of Adhesion And Party Autonomy**, AKRON LAW REVIEW 3/23/2009, p.123.

(٤) انظر:

Alfred W. Meyer: **Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach**, Virginia Law Review, Vol. 50, No. 7 (Nov., 1964), p.1178.

البعض[١]، أن نظرية عقود الإذعان لم تنشأ إلا بهدف حماية المستهلك ولا تخاطب سواه، وإذا كان صحيحاً أن هذا الاصطلاح –المستهلك – لم يرد صراحة في التعريفات الفقهية لعقد الإذعان باعتباره اصطلاحا حديث النشأة مقارنة بهذه النظرية، فلا شك أن هذا المستهلك هو المعني بها وهو المقصود بالحماية التي تقررها؛ ذلك أن اشتراط أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق ضرورية يحتكرها الموجب وينفرد بتحديد شروطها، غير ذي جدوى وخصوصاً أن المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري وضعت تحديداً عاماً لعقد الإذعان حيث نصت" ...القبول في عقود الإذعان يقتصر على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.." [٢].

<u>وتتميز عقود الإذعان في هذه الصورة بخصيصتين:</u>

<u>الأولى</u>: تتعلق بالتنظيم المنفرد لشروط العقد من جانب واحد، وهو المهني، بحيث تتضمن هذه العقود تفصيلاً لكل شروط التعاقد بدون أية مفاوضات أو مناقشات من الجانب الآخر [المستهلك][٣].

<u>الثانية</u>: تتعلق هذه الأخيرة، بقدرة المهني على فرض شروطه التي وضعها في العقد، بحيث لا يكون أمام المستهلك- المذعن- سوى القبول بهذه الشروط كما وردت أو رفضها برمتها، وحتى هذا الخيار الأخير ليس حقيقياً في ظل حاجة المستهلك إلى السلعة أو الخدمة التي تدفعه إلى التعاقد.

وبتطبيق هذه النظرية على عقود المستهلكين الالكترونية، نجد أن الفقه قد انقسم في ذلك إلى فريقين[٤]:

---

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم:حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، مرجع سابق ، ص٢٠٣.

(٢) للمزيد في التعليق على هذا النص، انظر: د. محمد المرسي زهرة:الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، مرجع سابق ، ص١٤٠ وما بعدها، د. عبد الفتاح بيومي حجازي:النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ، مرجع سابق، ص٢٣٦، ولنفس المؤلف، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت ، مرجع سابق، ص٤٥ومابعدها، د. عاطف عبد الحميد حسن: حماية المستهلك ، مرجع سابق، ص٥١، د. خالد جمال احمد حسن:الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية ، مرجع سابق، ص١٥٢ومابعدها، د. حمد الله محمد حمد الله:حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص٤٤، د. أسامة احمد بدر:حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، مرجع سابق ، ص١٩١.

(٣) د. عبد الحق حميش: حماية المستهلك الالكتروني، مرجع سابق،ص١٢٨٩ومابعدها.

(٤) هناك فريق آخر جانبه الصواب بقوله: إن عقود التجارة الالكترونية لا يمكن أن تكون عقود إذعان وهو في صدد تعليله يرجع إلى الشروط التقليدية لعقد الإذعان، متناسياً التطور الذي لحق نظرية الإذعان، حيث إن فكرة الاحتكار وضرورية السلعة أصبحا شرطين غير مهمين، ثم إن نظرية الإذعان تلحق اغلب عقود المستهلكين لما تحققه من حماية، انظر في هذا الرأي: د. مراد محمود يوسف مطلق:التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، مرجع سابق، ص ٩٥، د. عمر عبد الفتاح على يونس:جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني، مرجع سابق، ص١٥٨.

الفريق الأول: يرى هذا الفريق أنه طبقا للمفهوم الواسع لعقود الإذعان، فإن عقود المستهلكين الالكترونية ما هي إلا عقود إذعان، حيث يعد المستهلك فيها هو الطرف الضعيف دائماً، فالمستهلك لا يملك دائماً إلا أن يضغط على عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع المهني على الشبكة العالمية الانترنت، ويختار السلع بمواصفاتها المعروضة على الموقع والثمن المحدد سلفاً، والذي لا يملك مناقشته أو تعديله أو المفاوضة عليه(١)، وقد ناصر هذا الاتجاه مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري في المادة (١٨) حيث تنص على " تعتبر العقود النمطية المبرمة الكترونياً من عقود الإذعان في مفهوم القانون من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية...".

غير أن هذا الاتجاه يبدو أنه قد غاب عنه أن هناك من العقود ما يتم عبر البريد الالكتروني، أو عبر الاتصال المرئي المسموع، والذي يتم من خلاله التفاوض بين أطراف العقد والمساومة حتى يصلان إلى حل وسط يرتضونه لتعاقدهم ويحقق مصالحهم المشتركة.

الفريق الثاني: يرى الاتجاه الحديث في الفقه(٢)أنه عند بيان طبيعة عقد الاستهلاك الالكتروني وبيان ما إذا كان عقد إذعان أم عقداً رضائياً، فإنه يجب النظر إلى الوسيلة التي أبرم بها فإذا كان إبرام العقد بواسطة صفحة الويب web التي تقدم نماذج للتعاقد، بصورها المختلفة، كالعقود النموذجية التي لا تعطي للمستهلك مجالاً للمساومة والمناقشة، فالعقد في هذه الصورة عقد إذعان(٣).

---

(١) للمزيد في الفقه العربي، د. أسامه أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، مرجع سابق، ص١٩١، د. عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، مرجع سابق، ص٤٥وما بعدها، د. عبد الحق حميش: حماية المستهلك الالكتروني، مرجع سابق، ص١٣٨٩، .وفي الفقه الأجنبي:

Murielle Isabelle Cahen: **la formation des contrats de commerce électronique**, op. cit, p.28.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص٢٠٦، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م، ص٢٤٨.، ولنفس المؤلف، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م، ص٩٥.

(٣) نظراً لأ ن غالبية العقود التي تتم عبر الانترنت تتعلق بمنتجات أو خدمات استهلاكية، باعتبار أن الإيجاب يكون عادة موجهاً من مهني إلى مستهلكين، فإن التشريعات التي واجهت هذه العقود تجعل قبول المستهلكين غير نهائي، بل تعطيه حق الرجوع خلال الفترة المحددة وبشروط معينة. انظر في حق الرجوع، د. مصطفى أحمد إبراهيم: العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، ٢٠٠٩م، ص٦٣، د. عمر محمد عبد الباقي خليفة: الحماية العقدية للمستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس٢٠٠٤م، ص٧٥٩ وفي الفقه الانجليزي:

John Dikie: **Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts**, op. cit, p.224.

أما إذا كان التعاقد عبر البريد الالكتروني أو من خلال الوسائط السمعية البصرية، فإن العقد لا يعدو أن يكون عقداً رضائياً، حيث تمكن هذه الوسيلة الطرفين من تبادل وجهات النظر والتفاوض على الثمن والتسليم وحتى المواصفات، حتى يتمكن كلّ من الطرفين من تحقيق أفضل فرص التعاقد وبأحسن الشروط[١]، وهذا الرأي هو الذي يميل إلى اختياره الباحث، إذ إن وصف التعاقد على أنه إذعان من عدمه يرجع إلى ظروف كل عقد على حدة، ومدى قدرة المشتري (المستهلك) في تعديل شروط العقد من عدمه، والذي من خلاله يتم الحد من هيمنة المهني في وضع تلك الشروط.

ثالثاً: عقود المستهلكين الالكترونية عقود مختلطة

إن التفرقة بين العقود التجارية والعقود المدنية ليس بالأمر الجديد، فقد أوردها المشرع نفسه في القانون التجاري وهو في صدد بيان الأعمال التجارية والأعمال المدنية وذلك لتفاوت الأنظمة والمفاهيم القانونية التي يخضع لها كلّ منهم[٢].

وفي مجال عقود المستهلكين الالكترونية التي تتم عبر الانترنت، فإننا سوف نفرق بين نوعين من عقود المستهلكين:

النوع الأول: العقود التي تتم بين مستهلك ومستهلك آخر (C2C) فهذه العقود لا جدال في أنها عقود مدنية، وهي في واقع الحال ليست محل الدراسة، فالدراسة تقتصر على العقود التي تتم بين المستهلكين والمهنيين.

النوع الثاني: العقود التي تتم بين رجال الأعمال- المهني- والمستهلكين: (B2C)، وهي العقود محل الدراسة والتي يطلق عليها الفقه وصف العقود المختلطة[٣]، أي أنها تحمل الوصفين معاً مدنية وتجارية، فتكون عقود مدنية بالنسبة للمستهلك Consumer الذي يتعاقد بغية إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية بعيداً عن نشاطه التجاري أو المهني، وتكون تجارية بالنسبة إلى الطرف الآخر في العقد وهو المهني Business، صاحب المشروع التجاري، فهو يمارس الأعمال التجارية على سبيل الاعتياد والاحتراف، بهدف تنمية نشاطه التجاري وزيادة رأس ماله[٤]، وهنا تبرز نقطة مهمة وهي حقيقة التيقن من الطرف

---

(١) د. مصطفى أحمد إبراهيم: العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص٤٨.

(٢) للمزيد في بيان التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية راجع: د. سميحة القليوبي: الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ج١، ص٦٩ وما بعدها، د. سامي عبد الباقي أبو صالح: قانون الأعمال، مقدمة الأعمال التجارية، التاجر - المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص٧٠.

(٣) د. سامي عبد الباقي أبو صالح: قانون الأعمال، مرجع السابق، ص٢١٣، د. سميحة القليوبي: الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، ص١٧١.

(٤) انظر:
Mo Zhang: **Contractual Choice Of Law In Contracts Of Adhesion And Party Autonomy**, op. cit, p.123.

الآخر هل هو مستهلك أم تاجر ويمكن التحقق من ذلك من خلال العوامل الموضوعية التي تحيط بالعقد نفسه كموضوع العقد وكمية البضاعة المطلوبة أو من خلال بيانات المشتري نفسه والتي يقدمها وقت التعاقد وانصراف نيته للتعامل بهذه المشتريات بما يمثل ذلك من حماية الطرف الآخر(المهني) أيضاً حسن النية[(١)] .

ولعل أهمية التفرقة بين العقود المدنية والتجارية، تكمن فيما يتصل بها من قواعد أخرى: كقواعد الاختصاص القضائي والمنظمة في المواد(٤٩-٥٥ من قانون المرافعات المصري لعام ١٩٨٦م)، وكذلك قواعد النفاذ المعجل في المادة ٢٨٩ من نفس القانون ، و المادة ١٣٦ من القانون التجاري المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، والمادة ٢ من قانون السجل التجاري رقم ٣٤لسنة ١٩٧٦م، وكذلك ما يتعلق بقواعد الإعذار كالمادة ٢١٩من القانون المدني المصري لعام ١٩٤٩م، والمادة ٥٨ من القانون التجاري المصري الجديد، وتبرز الأهمية أيضاً في مسائل الإثبات كالمادة ٧ من قانون الإثبات رقم٢٣ لسنة ١٩٩٢م، والمادة ٦٩ من القانون التجاري الجديد ، وأيضاً ما يتعلق بقواعد التضامن في المسؤولية كالمادة ٢٧٩ ، ٨١ من القانون المدني المصري، والمادتان ٤٨,٤٧ من القانون التجاري، وفيما يتعلق بالمهل القضائية للمدين المادة ٤٣٦ مدني والمادتان ٥٩، ٥٤٧ تجاري، وكذلك قواعد الإفلاس المواد، ٢٦، ٦٥، ٦٨ تجاري.

ولكن يبقى السؤال هو ما مدى دولية عقود المستهلكين الالكترونية؟ وهو ما سوف يقوم الباحث بدراسته من خلال بحث معايير دولية العقد بصفة عامة وصولاً إلى المعيار المنضبط لدولية عقود المستهلكين الالكترونية، على النحو التالي.

---

(١) في هذا المعنى انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**,op. cit., p.25.

المبحث الثاني
معيار دولية عقود المستهلكين الالكترونية

تمهيد وتقسيم:

إن الظاهرة العقدية ظاهرة عامة نقابلها في مجالات الحياة المختلفة، وتتصل بأنظمة القانون المختلفة، وهذه العقود قد تتم ضمن إطار قانوني لدولة معينة، وقد تتصل هذه العقود بأنظمة قانونية لدول مختلفة، مما يعني أن هناك نوعين من العقود تلك العقود الداخلية وأخرى عقوداً دولية، ومن ثم يعد تكييف العقد أمراً ضرورياً لتحديد ما إذا كان عقداً دولياً يطبق عليه أحكام القانون الدولي الخاص أم عقداً وطنياً يخضع لأحكام القانون الداخلي[(١)] .

ومعنى هذا أن وجود عقد دولي يعد ضرورياً لتحريك قواعد القانون الدولي الخاص، إذ إن قواعد التنازع ترتبط وجوداً وعدماً بوجود علاقة ذات طابع دولي من عدمه[(٢)] .

فعندما يطرح على القاضي منازعة تتعلق بعقد خاص، فإنه يتعين عليه بداءة أن يحدد طبيعة هذا العقد لمعرفة ما إذا كان بصدد عقد وطني أم عقد دولي، وذلك تمهيداً لتحديد النظام القانوني الذي يحكم هذا العقد وبيان ما إذا كانت قواعد القانون الخاص الوطني أم قواعد القانون الدولي الخاص، فدولية العقد مسألة أولية لتحريك قواعد القانون الدولي الخاص[(٣)] .

وتثير مسألة دولية العقد عدداً من الإشكاليات القانونية تتمحور حول الصفة الدولية للعقد وأساس هذه الصفة، أي متى نكون بصدد عقد دولي؟ وهل يوجد معيار حاسم يمكن الركون إليه لاعتبار العلاقة التعاقدية دولية حتى يتسنى للقاضي بحث مسألة التنازع؟

وإذا كان تفصيل هذا القول يقتضي منا بيان المعيار الذي يتعين اتباعه في شأن تحديد دولية عقود المستهلكين الالكترونية، فإنه يقتضي –لبيان ذلك- أن نعرض للمعايير

---

(١) للمزيد انظر: د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٨م، ص٣٢.

(٢) انظر:

Martin Godel, **Les contrats du commerce international**, Cours du Professeur Jacquet, Institut de Hautes Études Internationales, Genève, p.4, available online: http://www.stoessel.chheidipcontrats_commerce_international_jacquet.pdf

(٣) د. محمود محمد ياقوت: معايير دولية العقد، بحث منشور، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد٢٠ ابريل ٢٠٠٠م، ص٤٩٥، د. احمد محمد الهوا ري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص١٢٥، د. هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م ص٤٨، انظر ايضاً:

Léna Gannagé1:**Le contrat sans loi en droit international privé**, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3 (December 2000), p.5.

التي قيل بها في شأن دولية العقد بصفة عامة وذلك في المطلب الأول، ثم نتبعه بمطلب آخر لبيان المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلكين الالكترونية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: معيار دولية العقد بصفة عامة.

المطلب الثاني: المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلك الالكترونية.

المطلب الأول
معيار دولية العقد بصفة عامة

يكاد يُجمِع الفقه على صعوبة وضع تعريف موحد ينطبق على مختلف أنواع العقود الدولية، فيعبر البعض عن ذلك كما هو عند الأستاذ Antoine Kassis إذ يقول" إن تعريف العقد الدولي ليس بالأمر الهين حيث توجد صعوبة في التمييز بين العلاقات الدولية والداخلية"[١].

لذلك نجد أن مسالة تحديد المعيار الذي يجري بموجبه إضفاء الصفة الدولية على العلاقة العقدية قد شغلت حيزاً كبيراً من اختلاف فقهاء القانون الدولي الخاص، وقد تبلور هذا الاختلاف في تباين وجهات النظر في الأخذ بالمعيار الاقتصادي تارة والمعيار القانوني تارةً أخرى، والبعض ذهب إلى الجمع بينهما[٢]، وهو ما سوف نفصله تباعاً:

---

(١) حيث يعبر عن ذلك بقوله:

“ *Définir le contrat international n'est pas chose aisée, cela se comprend. La difficulté de le définer est-elle même tributaire en premir lieu de la difficulté de distinguer la relation purement interne, qui releve du droit interne, de la relation international qui relève du droit international privé”,* Antoine Kassis: la nouveau droit europeén des contrats internationaux, l.g.d.Paris, 1993, p.15.

مشار إليه عند، د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٣٧.

(٢) للمزيد انظر: د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٧، د. محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية ١٩٩٨م، ص٤٠، ، د. طرح البحور على حسن فرج: تدويل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٠م، ص١٣ وما بعدها، هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٥٣ وما بعدها.

أولاً: المعيار القانوني لدولية العقد

يقوم هذا الاتجاه على فكرة أساسية مفادها أن العقد يعد دولياً فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد[(١)] ومن ثم، فإن العقد يعد دولياً في حالة ما إذا أبرم بين يمني مقيم في اليمن ومصري مقيم في جمهورية مصر، وثار النزاع بشأن بضاعة موجودة في الإمارات العربية المتحدة ومطلوب تسليمها هناك على أن يتم دفع الثمن في اليمن، فمثل هذا العقد يعد دولياً لاتصال عناصره بأكثر من نظام قانوني(اليمن- مصر- الإمارات العربية)[(٢)] [(٣)].

بيد أن المعيار القانوني بهذا المفهوم يتسم بالجمود حيث يذهب أنصاره " إلى القول بتكافؤ العناصر القانونية للعلاقة التعاقدية بحيث يعد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر منها مؤديا إلى اكتساب العقد صفة الطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه للأحكام الواردة في القانون الدولي الخاص"[(٤)][(٥)].

---

(١) انظر:

Martin Godel, **Les contrats du commerce international**, op. cit, p.3." *La notion juridique du contrat international C'est la notion qui comporte l'élément « d'extranéité ». Ces éléments indiquent qu'il y a des points de contacts avec au moins deux Etats "*

(٢) فالعناصر التي قد تلحقها الصفة الأجنبية هي: الجنسية، والإقامة، ومركز الشركة، ومحل إبرام العقد، ومكان الأداء، والتسليم، وموقع المال محل التعاقد، وأحيانا العملة، وهذا هو راي العميد **Batiffol (Henri)** حيث يعرف العقد الدولي بانه " يعتبر العقد دولياً إذا كانت الاعمال المتعلقة بانعقده او تنفيذه او حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسيتهم أو محال إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه تتصل بصلات أو روابط مع اكثر من نظام قانوني"، مشار اليه عند: د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٨. ويسير مع هذا الاتجاه في الفقه العربي أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم، حيث يعبر سيادته وهو في صدد التفرقة بين القانون الدولي الخاص والقوانين الداخلية بقوله " أما إذا تسلل العنصر الأجنبي- ولو كان واحداً- لأي علاقة من هذه العلاقات، لخرجت من إطار القانون الداخلي الذي ينظمها لتدخل في نطاق القانون الدولي الخاص"، د. عبد المنعم زمزم: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠م، ص٢٠ وخصوصاً ص٢٢.

(٣) انظر في تفصيل ذلك:

James Douglas: **Arbitration of international sale of goods disputesunder the Vienna convention**, paper delivered at the institute of arbitrators and mediators Australia national conference 2006 , p8, available onlin:http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/douglas.html.

(٤) د. فؤاد محمد محمد العديني: تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ٢٠١٢م، ص٣٦.

(٥) انظر في نقد هذا الاتجاه: د. أحمد صادق القشيري: الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١، ١٩٦٥م، ص٧٥، د. هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٧٤.

ونتيجة لهذا الجمود فقد اتجه بعض الفقه -من أجل اتقاء هذا العيب- إلى القول بضرورة " التفرقة ما بين العناصر الفعالة أو المؤثرة في الرابطة العقدية وغير الفعالة أو المحايدة"[١]، ومؤدى هذا القول " أن هناك نوعين من العناصر القانونية المرتبطة بالعلاقة العقدية، نوع مؤثر أو إيجابي قادرٌ على إضفاء وصف" الدولية" على العقد، وآخر سلبي غير مؤثر، يحتفظ العقد معه- ورغم وجوده في العلاقة- بالطابع الوطني مع ما يترتب على ذلك من آثار"[٢]، بمعنى أن لكل عنصر في العلاقة وزنه القانوني المؤثر[٣].

ووفقاً لهذا الرأي يتطلب الأمر تحليلاً خاصاً للعقد توصلاً للعنصر الذي يميز طبيعته[٤]، حيث أنه لابد من أن يقوم القاضي بتكييف العقد أولاً لبيان ما إذا كنا بصدد عقد دولي من عدمه، وهذا لن يتحقق إلا من خلال التحقق من طبيعة العقد والظروف المحيطة به بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إقامتهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو موقع المال موضوع التعاقد[٥]، فليس كل عنصر أجنبي يحويه العقد من شأنه أن يضفي الصفة الأجنبية عليه[٦].

---

(١) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٤٠.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال: الوسيط في تنازع القوانين، طبة اكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية ٢٠٠٣م، ص٧٠٠، وفي تأييد هذا الاتجاه في الفقه العربي انظر: د. هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ٦٠، د. أحمد صادق القشيري: الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، مرجع سابق، ص٦٣ وما بعدها، د. منير عبد المجيد: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٨٩م، ص٣٣.

(٣) انظر في ذلك:

G. R. Delaume: **What is an International Contract?** an American and a Gallic Dilemma, International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) Vol. 28, No. 2 , April 1979, p.279*: "It connot be said that existing judicial pronouncements provid a precise definition of the concept of " international contract" .... The ultimate solution may, thus, depend primarily on the weight to be given to legal factors considered in their proper(i.e transnational as opposed to domestic) environment".*

(٤) انظر:

Alqudah Maen; **L'exécution de Contrat de Vente Internationale de Marchandises** (Étude Comparative Du Droit Francais Et Droit Jordanien), Thèse pour le doctorat en droit Universite De Reims Champagne Ardenne Faculte De Droit Et De Sciences Econmmique, 2007, p.18.

(٥) حكم محكمة استئناف باريس ١٩ يونيو ١٩٧٠م، مشار إليه في د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٥٣.

(٦) انظر:

Alqudah Maen; **L'éxecution de Contrat de Vente Internationale de Marchandises**, op. cit, p.20.

ويخفف أصحاب هذا الرأي من غلوائة بأن تقدير العناصر المؤثرة والأخرى غير المؤثرة هو أمرٌ متروكٌ للقاضي" ولاخشية من ذلك فهو خاضع في عمله لرقابة المحكمة العليا بحسبان أن التكييف الذي يجريه إنما يرتبط بإعماله لقواعد الاسناد في قانون دولته"(١)، ذلك أن تطبيق القاضي لقانونه الوطني بالرغم من دولية العلاقة يشكل ذلك خروجاً عن قاعدة الاسناد وبالتالي خطأ في تطبيق القانون ذاته(٢).

وهذا القول جانبه الصواب ذلك أنه لا يوجد أساس قانوني يستند إليه القائلون بهذه التفرقة، لا من التشريعات الوطنية ولا الاتفاقيات الدولية، والدليل على ذلك عدم وجود معيار موضوعي واضح تقوم عليه التفرقة بين ما هو مؤثر من تلك العناصر وما ليس له أي تأثير إذ إن ذلك أمر نسبي يختلف ويتنوع بحسب العلاقة المطروحة(٣).

ثم إن الدول قد تعمد إلى تنظيم تلك العلاقات بما يخدم مصالحها الاقتصادية والتجارية وفق قواعد موضوعية وتتجه بها بعيداً عن أسلوب تنازع القوانين، أي عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق في إطار هذه القواعد التي تنطبق على كافة الحالات، بل إن الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية قد منحت أطراف العلاقة التي يتصل بها أي عنصر من العناصر القانونية آنفة الذكر حق اختيار القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة ولم تفرق بين ما إذا كانت تلك العناصر مؤثرة أم لا، بل إن البعض منها قد منح الأطراف حق تدويل عقد يتركز بكافة عناصره في دولة واحدة(٤).

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال: الوسيط في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٧٠٢.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز في القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، ١٩٩٢م، ص٥٤٨، د. منير عبد المجيد: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، مرجع سابق، ص٢٢.

(٣) قارن في هذا المعنى: د. إبراهيم أحمد إبراهيم: إدارة العقود والاتفاقيات الدولية، ورقه بحثية مقدمة لندوة الإدارة بالتعاقد، شرم الشيخ جمهورية مصر العربية في الفترة ٢٠- ٢٤ فبراير ٢٠٠٥م، ص٤.

(٤) وفقاً لاتفاقية روما ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، في المادة ٣/٣ حيث نصت على " ٣. اختيار الأطراف لقانون أجنبي سواء قيد باختيار محكمة أجنبية أو لا، عندما تتركز كافة العناصر الأخرى للعقد في لحظة الاختيار داخل إقليم دولة واحدة لا يمكن أن يتضمن إي اعتداء على القواعد التي لا تسمح هذه الدولة بمخالفتها والتي يطلق عليها القواعد الآمرة"

"3-*The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law of that country which cannot be derogated from by contract, hereinafter called "mandatory rules"*.

ثانياً: المعيار الاقتصادي لدولية العقد

يعد المعيار الاقتصادي وليد القضاء، فقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية في الثلث الأول من القرن العشرين إلى وضع بعض القواعد الخاصة بالعقود المتعلقة بالتجارة الدولية[١]، وتكمن خلفية هذا الاتجاه في اعتبارات مستمدة من مصالح التجارة الدولية واطرادها وازدهار ظاهرة انتقال الأفراد عبر الحدود[٢]، لذلك نجد القضاء الفرنسي قد تبنى هذا المعيار بقصد الوصول إلى إقرار شرط التحكيم أو للقول بصحة شرط الوفاء بالذهب الذي يرد في عقد دولي، بالرغم من بطلان مثل هذه الشروط في العقود الداخلية[٣]، فقد جاءت فكرة العقد الدولي بالمعنى الاقتصادي لتبرر هذه الحلول[٤].

وقد تعددت المعايير المستخدمة للتعبير عن المعيار الاقتصادي وذلك على النحو التالي:

١. معيار المد والجزر:

فالعقد يكون دولياً إذا ترتب عليه مد وجزر للقيم الاقتصادية من سلع وخدمات عبر الحدود، فانتقال البضائع من بلد البائع إلى بلد المشتري " حركة المد" وانتقال الثمن من بلد المشتري إلى بلد البائع " حركة الجزر" هي الصورة المثالية لهذا العقد الدولي، بغض النظر عن جنسية الأطراف ما دام أنها تحقق انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود بين أكثر من دولة، وهو ماظهر جلياً في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٢٧/٥/٢٧م[٥]، بخصوص قضية *Pelissier du Besset* حيث ذهبت المحكمة[٦]، وهي بصدد بحث مدى

---

(١) للمزيد انظر:
Alqudah Maen; **L'exécution de Contrat de Vente Internationale de Marchandises**, op. cit, p.21.

(٢) نلاحظ أن هذا المعيار لا يقيم وزناً لأي اعتبار قانوني المتمثل في عناصر العقد كالجنسية ومكان الإبرام أو مكان التنفيذ، فنجد أن الأحكام التي أوجدته لم تبحث المشكلة من زاوية تنازع القوانين بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق، ولكنها أعتدّت أساسا بغايات اقتصادية مستوحاة من حرية حركة التجارة الدولية. للمزيد انظر، د. منير أمين عبد المجيد: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، مرجع سابق، ص٣٦.

(٣) والبطلان هنا بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام في البلد.

(٤) د. هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٨٣، د. أحمد صادق القشيري: الاتجاهات الدولية الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم العقود الدولية، مرجع سابق، ص٧٠.
Alqudah Maen**;** **L'exécution de Contrat de Vente Internationale de Marchandises**, op. cit, p.27.

(٥) انظر:
Cass. Civ., 17 mai 1927, D.P., 1928, 1, p 25, conel. P. Matter, note H. capitant: J. D. I., 1928, p. 419.

(٦) وقد سار على نفس النهج في ترديد هذا المعيار العديد من الأحكام انظر:
«

صحة شرط الثبات التعاقدي المتعلق بوسائل الدفع النقدي الذي كان القانون الفرنسي يعتبره باطلاً[١]، إلى اعتماد الفكرة التي طرحها المحامي العام *Matter* وذلك أنه من أجل إضفاء الطابع الدولي على عقد ما فإنه " يتعين أن يفضي هذا العقد إلى حركة مد وجزر عبر الحدود، وإلى ترتيب نتائج متبادلة فيما بين دولة واخرى"[٢].

ونظراً لصعوبة تحقيق بعض العقود لعملية المد والجزر أي ذهاب وإياب الأموال عبر الحدود اتجهت محكمة النقض الفرنسية نحو معيار آخر نعرض له على النحو التالي:

٢. معيار إجتياز العقد نطاق الاقتصاد الوطني

يكتف هذا المعيار بتجاوز العقد نطاق الاقتصاد الداخلي، بمعنى تعدّيه لحدود الدولة الواحدة، نجد ذلك في أحد أحكام القضاء الفرنسي الصادر في ١٤ فبراير ١٩٣٤م[٣]، حيث رأت المحكمة أن " العقد يعد دولياً إذا ارتبط بعملية تجاوز نطاق الاقتصاد الوطني"[٤]. وهذا المعيار بدوره لم يَسلَم من النقد إذ يكتنفه الغموض فهو يعجز عن إعطاء معيار واضح ومحدد للتفريق بين ما يعد من الاقتصاد الداخلي والاقتصاد الدولي[٥]، ونتيجة لهذا النقد اتجهت المحكمة إلى اللجوء إلى معيار آخر أعرض له على النحو التالي:

»

Cass. civ. 4 novembre 1958 D. 1959 P. 361 est ss note MALAURIE, Cour d'appel de Dijon, 27 avril 1983, 1, ch-affaire de Société A.M.I.d société CENTREST, J. D. I., n° III, 1983, p.610 à 612.

(١) تتلخص وقائع هذه القضية في أن عقد إيجار عقار كائن بالجزائر- والتي كانت في هذا الوقت واقعة تحت الاستعمار الفرنسي- أبرم بين فرنسي وإنجليزي، وجرى الاتفاق فيما بينهما على دفع الأجرة بالجنيه الاسترليني سواءً في لندن أو في الجزائر والاختيار للمؤجر.

(٢) حيث وردت عبارته على النحو التالي:

"le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre".

(٣) انظر حكمها:

Cass.civ., 14 février 1934, Sirey, I, p.297

(٤) حيث تقول المحكمة في هذا الشأن:

« ...le caractère international d'une opération ne dépend pas nécessairement du domicile des parties et du lieu stipulé pour imprimer aux mouvements de fonds qu'elle comporte un caractère dépassant le cadre de l'économie interne ».

(٥) في التعليق على هذا المعيار، انظر: د. فؤاد محمد محمد العديني: تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٣٦، د. عكاشة محمد عبد العال: الوسيط في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٧٠٤.

٣. **معيار مصالح التجارة الدولية**

وفقاً لهذا المعيار فإن العقد يكون دولياً متى ارتبط بمصالح التجارة الدولية وذلك بغية الخروج من الجمود الذي لحق المعيارين السابقين، وعليه يكون العقد دولياً عندما تكون مصالح التجارة الدولية متضمنة أهداف العملية التعاقدية، ولكون مصلحة التجارة الدولية محل اعتبار في العلاقة المعروضة ، فإن العقد يكون دولياً، وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمين متعاقبين[1][2] ، وذلك في القضيتين المعروفتين الأولى باسم *Mardele* والثانية ب *Dambricourt* وقد صدر فيهما حكمان متشابهان[3] .

غير أن هذا المعيار قد تعرض للنقد كما هو شأن سابقيه، فهو غير محدد ويكتنفه الغموض إذ ما المقصود بمصالح التجارة الدولية، وهنا يقرر البعض " أن المعيار الاقتصادي في تعريفه العقد الدولي(الاتجاه القضائي) كان يتحور تبعاً لما تقتضيه الحاجة، إما بقصد العمل على تطبيق نص محدد، أو بقصد الهروب من تطبيق قاعدة ما لا يرغب القضاء- أياً كانت دوافعه- في إعمال مقتضاها على النزاع المطروح أمامه"[4] . وهو ما دفع البعض إلى المناداة بالجمع بين المعيار القانون والاقتصادي.

ثالثاً: الجمع بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني لدولية العقد

ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يكفي للقول بدولية العلاقة العقدية تحقق المعيار القانوني المتمثل في اشتمال العلاقة على العناصر الأجنبية، وإنما ضرورة توافر المعيار الاقتصادي والمتعلق بتداول القيم عبر الحدود.

حيث يرى هذا الاتجاه أن لكل معيار هدفاً معيناً موازياً لهدف المعيار الآخر ومكملا له، فالمعيار الاقتصادي يقوم على أساس تحقيق التوازن بين مصالح التجارة الدولية من جهة حيث إنه يسمح للأطراف بإدراج شروط نقدية أو شرط التحكيم في العقود بغرض إيجاد نوع من التوازن بين الأداءات المختلفة لطرفي العقد، وبين مصلحة الدولة من جهة أخرى

---

(١) انظر:
Cass.civ, 19 février 1930, Rev. Crit. D.I.P., p.514 et 515; Cass. civ, 27 janvier 1931, Sirey, 1933, 1, 41, note J-P. Niboyet.

(٢) وقد سار في ذات الاتجاه حكم حديث نسبياً لمحكمة النقض الفرنسية حيث ذهبت المحكمة في حكمها الصادر في ٢١ مايو ١٩٩٧م إلى القول بدولية العقد مستندة في ذلك إلى معيار موضوعي وهو ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية، مشار إليه لدى د. طرح البحور علي حسن فرج: عقود المستهلكين الدولية مابين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص٢٢٢.

(٣) فهاتان القضيتان متشابهان حيث كونهما تتعلقان بعقدي بيع جرى إبرامهما في فرنسا بين شخصين يتمتعان بالجنسية الفرنسية، من أجل القيام بنقل البضائع من أمريكا وحتى فرنسا، وقد أبرم العقدان وفق شروط جمعية لندن لتجارة القمح، وتضمنا شرط تحكيم في لندن.

(٤) د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٣.

والمتمثلة في المحافظة على عملتها الوطنية والثقة الائتمانية لها، مما يعني ازدهار الاستثمار وزيادة حركة رؤوس الأموال، وهو ما يعجز عن تحقيقه المعيار القانوني وحده[١]، الذي يقتصر على مجرد تحديد مجال تطبيق قاعدة التنازع ونطاق قانون الإرادة، دون أن يؤدي إلى تحقيق التوازن بين أداءات الأطراف المختلفة التي يهتم بها المعيار الاقتصادي[٢].

وهو المعيار الذي تبناه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه[٣]، ففي حكم محكمة إستئناف باريس الصادر في ٩ نوفمبر ١٩٨٤م[٤]، تبنت المحكمة " المعيار المختلط"، حيث إنتهت إلى دولية العقد، مستندة في ذلك إلى أن العقد أبرم في الخارج مع شركة أجنبية مما يعني توافر المعيار القانوني في العلاقة العقدية المتمثلة في العناصر الأجنبية، كما أشارت المحكمة إلى ما ستؤدي إليه هذه العملية العقدية من تشجيع للاستيراد إلى فرنسا لبضائع تم إنتاجها في دول أجنبية، مما يعني تحقق المعيار الاقتصادي من خلال عبور الأموال لحدود الدولة الواحدة [٥].

---

(١) وهو ما انتهت إليه الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام ١٩٦١م فقد جمعت بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني للقول بدولية التحكيم الذي ينبع من دولية العلاقة، وهو نفس النهج الذي انتهجه قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥م بتعديلاته المختلفة في المادة الأولى الفقرة الثالثة، وفي ذلك يقول ***Pommier***:

"La qualification du contrat exigeune double approche économique et juridique, qui peut être restrictive car cumulative; mais dans sa compléntaraité elle permet la certitude de I' internationalité du rapport juridique…"

مشار إليه في د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٦٢، هامش١.

(٢) د. محمود محمد ياقوت: معايير دولية العقد، مرجع سابق، ص٥١٧.

(٣) انظر الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٤ يوليو ١٩٧٢م، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في عقد ابرم بين شركة هولندية وشخص فرنسي أصبح بمقتضاه وكيلاً للشركة الهولندية، يجوز له تسويق منتجاتها في فرنسا، فلم تكتفي المحكمة بتحقق المعيار القانوني للقول بدولية العقد بل أكدت على ضرورة توافر المعيارين معاً في أن واحد، مشار إليه في د. منير أمين عبد المجيد: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، مرجع سابق، ص٣٥، وكذلك حكم محكمة تالوز في ٢٦ أكتوبر ١٩٨٢م، مشار إليها في **Alqudah Maen** الرسالة السابقة ص ٣٢.

(٤) انظر:

Cour d’appel de Paris, 9 novembre 1984, Clunet 1986, P.1039, note E.LOQUIN

مشار اليه لدى:

Alqudah Maen; **L’éxecution De Contrat De Vente Internationale De Marchandises**, op.cit, p.31.

(٥) وقد كانت وقائع هذا الحكم أن هناك عقد أبرم في السويد بين شركة سويدية وشخص فرنسي تم بمقتضاه تخويل الأخير الحق في تسويق منتجات الشركة بفرنسا بوصفه وكيلا عنها.

رأي الباحث:

بعد العرض السالف الذكر فإن الباحث يرجح الأخذ بالمعيار القانوني بمفهومة التقليدي الذي يقوم على تكافؤ العناصر القانونية، إذ هو المعيار الذي يتلاءم مع طبيعة العقود الدولية وخصوصاً عقود التجارة الالكترونية، ويكفي لدحض الرأي القائل بالتفرقة بين العناصر المؤثر والعناصر غير المؤثرة عند تحديد ما إذا كان العقد دولياً أم لا، (كما يقول البعض وبحق) أن نطرح التساؤل التالي، "ما فائدة الدفع بالغش نحو القانون إذا لم يكن هدف هذا الدفع هو إستبعاد القانون واجب التطبيق على النزاع إذا ثبت أن دولية العلاقة(العقد) قد تم التوصل اليها عن طريق الغش أو إصطناع العنصر المنشئ لها؟"[١] .

وعموماً فإن كل عقد له ظروفه المرتبطة به والتي قد تصبغ عليه الصفة الدولية أو الوطنية، ويكون من إختصاص القاضي وحده القول بوجود علاقة دولية أم لا من ظروف وملابسات العلاقة المطروحة علية[٢] ، وخضوع تقدير القاضي لرقابة محكمة النقض، أما التحديد المسبق وفق تبني أحد الإتجاهين فإنه يفضي إلى جمود تحديد طبيعة العلاقة العقدية.

وبالمقابل نجد المعيار الاقتصادي الذي يقوم على مراعاة مصالح التجارة الدولية، والذي يعد ربيب القضاء الفرنسي، هو في حقيقته ليس إلا مجرد إعطاء أهمية تركيزية متميزة لعنصر معين من عناصر العلاقة[٣] ، المتمثل في مكان التنفيذ، مما يعني الأخذ بالمعيار القانوني المرن معيار عدم تكافؤ العناصر القانونية[٤] .

كما أنه لا يمكن الإستناد إلى المعيار المزدوج الذي من شأنه أن يعطي مفهوما ضيقاً لفكرة العقد الدولي، حيث يتطلب التطبيق الجامع للمعيارين الاقتصادي والقانوني إلى إفلات الكثير من العقود من حكم قواعد القانون الدولي الخاص، وإن كان في حقيقة الأمر أن تحقق المعيار القانوني من شأنه تحقق المعيار الاقتصادي، وأن بحث المعيار الاقتصادي ما هو الا من قبيل التزيد[٥] .

---

(١) د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٤٩ وخاصة هامش ٨٨.

(٢) حكم محكمة استئناف Rouen في ٢٧ نوفمبر ١٩٨٦م، حيث قررت المحكمة انه لا يجوز إعتبار التحكيم و بالتالي العقد محل النزاع دولياً لمجرد أن الأطراف قد اتفقوا على تطبيق قانون أجنبي في شأنه، مشار إليه في، د. هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص٥٤، هامش١.

(٣) انظر د. منير أمين عبد المجيد: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، مرجع سابق، ص٣٦.

(٤) وان كان هذا المعيار وجد ليطبق على العقود الدولية ذات مواضيع محددة وهي الوفاء بالذهب وقبول شرط التحكيم، للمزيد انظر:

Martin Godel: **Les contrats du commerce international**, op.cit, p.5.

(٥) د. محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مرجع سابق، ص٥١.

إذا كانت هذه هي المعايير التي قيلت في إضفاء الطابع الدولي على العقود بصفة عامة، فهل يختلف الأمر بالنسبة للعقود الالكترونية وخاصة عقود الإستهلاك التي يبرمها المستهلك عبر الانترنت؟ أم أن الوضع يختلف؟ وللإجابة على هذه التساؤلات وغيرها، فإن الباحث قد خصص لبيان ذلك المطلب التالي:

المطلب الثاني
المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلكين الالكترونية

عندما نأتي إلى عقود التجارة الالكترونية والتي منها عقود المستهلكين فإن الوضع يدق قليلاً فلو أن شركة يقع مكتبها الرئيسي في ولاية كونتيكت الامريكية وقسم التسويق في نيويورك وخادم الانترنت في ولاية نيوجرسي، تعاقدت مع مستهلك يقيم في انجلترا، ويقع خادم البريد في اليابان، وذلك لشراء سلعة ما من هذه الشركة فإن هذا العقد قد سيمس نظماً قانونية مختلفة، مما يتوجب معه بحث مدى دوليه مثل هذا العقد.

ولبيان هذه المسألة فإنه يلزم أن نعرض تفصيلاً لموقف الفقه من تطبيق معايير دولية العقد على عقود التجارة الالكترونية، ثم نعقب ذلك ببيان المعيار المختار من قبل الباحث، وذلك على النحو التالي:

أولاً: موقف الفقه من تطبيق معايير دولية العقد على عقود التجارة الاكترونية

تباينت آراء الفقه في صدد تحديد المعيار المنظبط لدولية عقود التجارة الالكترونية، ويمكن تمييز موقف الفقه في هذا الصدد بين إتجاهين رئيسيين نتولى عرضهما، على النحو التالي:

الإتجاه الأول: عقود التجارة الالكترونية عقود دولية بطبيعتها

يستند هذا الفريق في القول بدولية المعاملات التي تبرم عبر الانترنت إلى وسيلة التعاقد نفسها حيث تستمد صفتها الدولية من صفة الشبكة الدولية نفسها[١]، فشبكة الانترنت لها طابع دولي عابر للحدود[٢]، وتعتبر تجسيدا لفكرة العولمة، حيث أن عولمة الاتصال تبعه عولمة الاقتصاد، ومن ثم فإن جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنت هي بالضرورة ذات

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر، القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ١-٣ مايو ٢٠٠٠ الجلد الأول، الطبعة الثانية ٢٠٠٤م، ص٢٩.

(٢) انظر في ذلك:
Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, Cambridge, UK, 2009, p.19.

طابع دولي[١]، وقد ترتب على هذا الوصف أن أتاحت شبكة الانترنت سوقاً واسعاً أمام ملايين التجار والمستهلكين، يسر أمامهم سبل الحصول على السلع والخدمات دون حاجة إلى الإنتقال، وبذلك يصعب القول بتوطين المعاملات التي تتم عبرها حيث يتدخل فيها أشخاص متواجدون ومنتمون إلى دول مختلفة[٢].

وينتهي أصحاب هذا الإتجاه إلى أن هذه العلاقة تتسم بالدولية حيث تتصل بأكثر من دولة وتنطبق عليها المعايير اللازمة لدولية العقد كاختلاف مراكز الأعمال أو محال الإقامة وانتقال القيم عبر الحدود الدولية[٣]، مما يعني أن العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت هي بالضرورة ذات طابع دولي[٤].

ويستطرد هذا الرأي القول، بأن معيار الدولية يتحقق في المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الانترنت حتى في حال ما إذا كانت العلاقة المطروحة بين وطنيين مقيمين في دولة واحدة[٥]، كأن يشتري مصري وجبة عشاء من شركة كنتاكي مصر عبر شبكة الانترنت. ويعلل هذا الرأي قوله بأن هناك أطرافاً آخرين في العلاقة والذين قد تلحقهم الصفة الأجنبية، كمزود الخدمة **internet provider** أو معالج البيانات **data processor** أو ناقل البيانات **data transferor**[٦]، بجانب محل إقامة الاطراف وجنسياتهم.

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص٣٢.

(٢) انظر:

Friedman, David; **Contracts in Cyberspace**, Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series, 06-01-2001, p.2&3 available online: http://escholarship.org/uc/item/ 9pw748fm.

(٣) د. سامي مصطفى فرحان: تنازع القوانين في عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٦٧.

(٤) للمزيد في عرض هذه الحجة انظر: د. عادل أبو هشيمة محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤م، ص٤٨.

(٥) د. عزت محمد البحيري: القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر، الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م، المجلد الرابع، ص١٦٦٩.

(٦) فوفقاً لهذا الرأي شبكة الأنترنت تعد شبكة الشبكات "a network of networks"، للمزيد انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit., p.13. "*where it is hard to efficiently control the access and transfer of data messages online, which provides businesses a partially aimless market, where their promotion could 'target' everywhere accessible by consumers. The cyber-market is also an anonymous market, where, without the intervention of legal regulation, the contracting parties can hardly know the real identity of each other, including some*
«

ويضيف البعض الآخر: أن هناك حجة عملية مفادها أنه من الصعوبة بمكان التفرقة بين العقود الوطنية والعقود الدولية التي تبرم عبر شبكة الانترنت التي ليس لها حدود فاصلة[١]، فالعالم قرية واحدة في ظلها، ثم أن الطبيعة الخاصة بهذه الشبكة التي تجعلها تنفر من تلك المفاهيم التقليدية التي تقوم على الحدود الجغرافية، بالاضافة إلى أن المجال الذي تعمل فيه الشبكة له طبيعة عالمية، حيث يمكن لأي شخص الاتصال بالشبكة والانتفاع بخدماتها من أي مكان[٢][٣]. وحجة أخرى قانونية تتمثل في أن أغلب العقود التي تبرم عبر الانترنت يضمنها الأطراف شرطاً يفيد إختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا من شأنه التمييز بين العقود الدولية والعقود الوطنية[٤].

الرد على حجج القائلين بدولية عقود التجارة الالكترونية

من الواضح أن هذا الإتجاه قد انتهى إلى دولية العقود التي تتم عبر الانترنت، ولعل الدافع إلى ذلك هو ما انتهى إليه هذا الإتجاه في القول بالمعيار القانوني الواسع في دولية العقد والذي يعتبر العقد دولياً لمجرد توافر عنصراً- ولو واحداً- أجنبي في العلاقة أياً كان وزنه، إلا أننا لانسلم بوجهة النظر هذه فيما أوردته من حجج لتدعيم ما انتهت إليه.

فالقول بدولية العقود التي تتم عبر الانترنت لمجرد أنها قد تمت عبر وسيلة دولية، بحيث تصبح تلك العقود دولية بطبيعتها، قول فيه مصادرة على المطلوب، إذ أن هذا الإتجاه يخلط بين كون شبكة الانترنت وسيلة حديثة واسعة الانتشار سهلت على المتعاقدين إبرام العقود من شتى بقاع العالم دون حاجة إلى الإنتقال أو حتى التواجد المادي لأطرافها، إلا أنه لا يجوز القول بأن شبكة الانترنت أداة لاضفاء الصفة الدولية على العقود التي تبرم بواسطتها[٥].

»
information which is crucial to private international law, such as the domicile or habitual residence of the other party. Furthermore, e-commerce involves a new intermediary the Internet Service Provider (ISP), on which the online activities are actually carried out".

(١) د. سامي مصطفى فرحان: تنازع القوانين في عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٥٥.

(٢) د. علاء الدين محمد ذيب عبابنة: تنازع القوانين في العقد الالكتروني الدولي، دراسة على القانون البحريني والمقارن، طبعة جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، بدون سنة نشر، ص٧٧.

(٣) قارن في ذلك عند:
Tapio Puurunen: **Dispute Resolution in International Electronic Commerce**, Helsinki University Printing House, Finland, 2005, p.12.

(٤) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٧م، ص٤٣٣.

(٥) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٥٠.

فلو أن مصري الجنسية يقيم في القاهرة قام بشراء وجبة طعام من كنتاكي مصر الكائن في ذات المدينة وذلك من خلال موقع المطعم على شبكة الانترنت وتم تسجيل الطلب ودفع الحساب عبر الشبكة، على أن يقوم المطعم بتوصيل الطلب على العنوان المطلوب في الوقت المحدد، فهنا لايمكن التسليم بأن هذا العقد يعتبر دولياً لمجرد أنه قد تم من خلال شبكة الانترنت عبر موقع المطعم المذكور، وإلا كان القول بغير ذلك يخرج جميع العقود التي تبرم عبر الشبكة من نطاق إختصاص القانون الداخلي ليضعها في نطاق أحكام القانون الدولي الخاص، وهو مالم يقل به أحد- حسب علمنا المتواضع- وهو ما انتهت إليه مناقشات لجنة الأمم المتحدة الأونسيترال وذلك من خلال القانون النموذجي للتجارة الالكترونية ١٩٩٦م[1]، في المادة الأولى منه والتي تحدد نطاق تطبيق هذا القانون حيث تشير بوضوح إلى التفرقة بين ما يعد عقداً داخلياً وما يعد عقداً دولياً[2].

ثم أن هذا الرأي يغفل عن الفرض الذي يقصر فيه البائع عرضه على العملاء المقيمين ضمن نطاق جغرافي يحدده، ففي مثل هذا الفرض فإنه " يصعب التسليم بالرأي المشار إليه، والذي يؤدي إلى تخويل المتعاقدين حق إخضاعها لقانون أجنبي، مع ما يترتب على ذلك من إفلاتهم من القواعد الآمرة في القانون الوطني الحاكم لهذه العقود"[3].

أما من ذهب إلى دولية العقد لمجرد صعوبة التركيز المكاني لعناصر العقد الاكتروني الذي نتج عنه صعوبة في التمييز بين ما يعد عقداً وطنياً وعقداً دولياً، فإن هذا القول غير صحيح، إذ أنه إذا أمعنا النظر في عقود المستهلكين الاكترونية لوجدنا أنها نوعين من

---

(١) قانون الأونسيترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية الصادر في ١٢ يونيه ١٩٩٦م، متاح من خلال موقع لجنة الامم المتحدة (الاونسيترال) باللغة العربية، من خلال الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

(٢) حيث جاء في مناقشات لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي(الأونسيترال) الفريق العامل الرابع(التجارة الالكترونية)، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية في الدورة التاسعة والثلاثون، نيويورك ١١-١٥ مارس ٢٠٠٢م، أنه من الثابت أن معظم الاتفاقيات الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، أنها تطبق على المعاملات التجارية الدولية فقط دون الداخلية، وأن هناك القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لا يخرج عن ذلك، وإن كان الفريق العامل عليه قد عمد إلى عدم التمييز بين المعاملات الدولية لتطبيق القانون النموذجي يشمل المعاملات الالكترونية بمفهومها الواسع دون تمييز فيما يعد داخلياً أو دولياً، إلا أنه أتاح للدول المتعاقدة خيار قصر نطاق تطبيق القانون على المعاملات الدولية فقط، ولعل الذي كان وراء إتجاه الفريق العامل هو السعي إلى حث الدول على تظمين قوانينها الداخلية أحكام القانون النموذجي بشأن التجارة الالكرتونية، وذلك في سعية إلى توحيد القواعد التي تحكم المعاملات الالكترونية على المستوى الدولي والوطني، انظر محاضر الجلسات ص١٠، وهو ما سارت عليه إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بشأن إستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م، في المادة الأولى منها الفقره واحد، متاحة من خلال موقع الأونسيترال، السابق الاشارة إليه.

(٣) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٥٣.

العقود: الأولى: عقود الكترونية خالصة إبراماً وتنفيذاً، كالعقود التي تتم على الخدمات والسلع غير المادية مثل الكتب والبرامج الالكترونية، والثانية: عقود الكترونية غير خالصة، حيث يتم ابرام العقد ودفع الثمن الكترونياً إلا أن تنفيذ هذا العقد يتم مادياً، كالعقود التي تتم على الخدمات والسلع المادية التي يتطلب تسليمها يداً بيد.

وعلى ذلك فإن مسألة التركيز المكاني لمثل هذه العقود رغم ما يكتنفها من صعوبات أمر ممكن إستناداً إلى مكان إبرام العقد أو محل التنفيذ[١]، إذ فلا عبرة بمكان التواجد الفعلي للمشتري أو البائع لحظت إبرام العقد الالكتروني[٢]. وبالتالي إمكانية التفرقه بين العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت، ما يعد منها دولياً وما يعد داخلياً.

وأما ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي من القول بإكتساب العقود التي تتم عبر اللانترنت صفة الدولية لمجرد أن الأطراف قد ضمنوها شرطاً يفيد إختيار القانون الواجب التطبيق، فإن هذا القول مرفوض، إذ أن مسألة دولية العقد وفقاً لهذا الراي سوف تصبح عملية تحكمية تتيح للأطراف التهرب من الأحكام الآمرة في قانونهم الوطني وخصوصاً تلك العقود التي يكون أحد طرفيها ضعيف، حيث يضع المشرع قواعد خاصة لحمايته[٣].

ثم أن مصير شرط إختيار القانون الواجب التطبيق الذي يضمنه الأطراف عقدهم الداخلي واضح منذو لحظة البداية، فهو شرطٌ باطل إما لأنه ورد في عقد داخلي حيث لا يجوز للأطراف تضمين عقدهم هذا مثل هذا الشرط[٤]، فليس لإرادة الاطراف دور في تحديد دولية العقد[٥]، وإما لمخالفته قواعد حماية العاقد الضعيف التي يضعها المشرع حماية لطرف في مواجهة الطرف الآخر، كما هو الشأن في قواعد حماية المستهلك.

---

(١) ويدعم ذلك أن أغلب التشريعات والتوجيهات الأوربية تلزم المورد بإعلان عنوانه المادي على الموقع الالكتروني، للمزيد انظر: د. محمد حسين منصور: المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص١١٨ وما بعدها.

(٢) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ٢٠٠٨، ص٢٩.

(٣) راجع لاحقا في دور قواعد البوليس في حماية المستهلك، ص١٥٥.

(٤) د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٥٠، د. محمود محمد ياقوت: معايير دولية العقد، مرجع سابق، ص٣٩ وما بعدها.

(٥) فالقاضي يقع على عاتقه فحص العلاقة المعروضة أمامه ولا يطبق هذا القانون الذي وقع عليه اختيار الأطراف إلا بعد التأكد من دولية العلاقة المطروحة أمامه أما لو تبين له أن العلاقة داخلية فإن القاضي لا يعتد بإرادة الأفراد التي اختارت هذا القانون، فالدولية شرطاً جوهرياً لإعمال إرادة الأفراد، راجع حكم محكمة النقض المصرية طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٤٨ق، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٨م، س٤٣، ج١، ص٧٥٩.

الإتجاه الثاني: ضرورة التمييز بين عقود التجارة الالكترونية الدولية والمحلية:

يذهب جانباً من الفقه[١] إلى ضرورة التفرقة بين العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت وذلك من خلال وضع معياراً لهذه التفرقة والذي يتمثل في قصر العرض وإطلاقة، أي أن عرض الموجب بالتعاقد قاصر على حدود دولة معينه أم أنه مطلق وذلك على النحو التالي:

النوع الأول: وهي عقود يقصر مقدم العرض فيها عرضه داخل حدود دولة معينة، مثل أن تعرض شركة أقطان مصرية منتجاتها عبر شبكة الانترنت وقصرت عرضها على العملاء المنتمين لدولتها والمقيمين فيها فقط، ويبرم العقد من خلال الشبكة ويتفق على تنفيذه داخل مصر، وهنا العقد يتمركز بجميع عناصره في داخل دولة واحدة، فلا وجود للعناصر الأجنبية التي قد تطلق عليه وصف الدولية طبقا للمعيار القانوني، ولا يترتب عليه إنتقال القيم الاقتصادية طبقا للمعيار الاقتصادي[٢]، ومن ثم فلا مجال قواعد القانون الدولي الخاص[٣]، ويكون القصر بإحدى وسائل ثلاث[٤]:

الاولى: تتمثل في قيام أصحاب المواقع بتحديد مجال نشاطهم التجاري ونطاقه الجغرافي وذلك على الصفحة الرئيسية للموقع نفسه أو في شروط التعاقد وتوجه نيته إلى التعاقد داخل أو خارج بلد معين، ومن الملاحظ أن هذا الاسلوب غير ذي جدوى فهذا التوضيح غالباً لا يلتفت إليه المستهلك وقد لا يكون واضحاً بالنسبة له، كما أنه من الناحية الفنية والتقنية غير فعال.

الثانية: وتقوم هذه الوسيلة على الاعتماد على الاجهزة والبرامج التقنية التي من خلالها يتم التعرف على موقع جهاز المتعاقد الآخر(المستهلك) من خلال التعرف على عنوان IP وتقوم بحظر الدخول إلى موقع المهني من خلال ذلك الجهاز، ويعتبر هذا الاسلوب أكثر فاعلية من سابقه إلا انه يولد مشكلةً حقيقيةً وهي أنه سوف يحظر كل محاولات الدخول إلى موقع الشركة حتى ولو كان من شخص يقيم في بلد مسموح له الدخول إلى

---

(١) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٤، د. أشرف وفا: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٥٧ ٢٠٠١م، ص١٩٧، د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٥٠، د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٦، وفي الفقه الأجنبي انظر:

Martin Godel: **Les contrats du commerce international**, op.cit, p.5.

(٢) د. أشرف وفا: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٩٧.

(٣) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٤.

(٤) انظر في بيان هذه الوسائل:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.58.

هذا الموقع إلا أنه يتنقل من بلد لآخر وتعاقد من بلد يحظر التعاقد منه مع هذا الموقع وهو ما لا يرغب فيه رجال الأعمال.

الثالثة: وهي أن يطلب الموقع من المستهلك تقديم معلومات شخصية قبل إبرام العقد وعلى ضوئها تختار الشركة التعاقد أم لا، كان يدخل كود البلد أو رقم الهاتف وعلى ضوئها يتم الإختيار، إلا أنه يمكن التلاعب بهذه الوسيلة وذلك من خلال إدخال بيانات مغلوطة وغير دقيقه ومضللة، وخصوصاً في تلك العقود التي تتم على خدمات أو سلع الكترونية، حيث يتم التلاعب مثلاً بكود البلد من أجل الوصول إلى المنتج المطلوب وتحميله على جهاز المستهلك.

ويبقى هنا أن نميز بين قصر المُنتج لنشاطه في البيع وقصر نشاطه في نقل المنتج وتسليمه، حيث أن بعض المواقع الالكترونية تعرض في صفحتها أن هذا المنتج لايتم تسليمه خارج نطاق جغرافي محدد، وهنا عقد البيع في ذاته مطلقاً إلا أن قصر تسليم السلعة أو نقلها لا يؤثر في دولية العقد، فعقد البيع شيء وعقد النقل شيء آخر[١].

النوع الثاني: وفيه يطلق مقدم العرض عرضه ولا يقصره على العملاء المتواجدين في دولة ما، وهو ما يعني أنه عرضاً عاماً يعطي للجميع حرية التعامل عبر شبكة الانترنت من أي مكان في العالم أياً كانت جنسياتهم أو محل إقامتهم، حيث يكون الطرف الأول(المستهلك) مستخدم الشبكة في دولة ومورد الخدمات أو السلع في دولة ثانية وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات في دولة ثالثة، وهنا يعتبر العقد دولياً[٢]، لتحقق المعيار القانوني المتمثل في إحتواء العقد على عنصر أجنبي كاختلاف جنسية الأطراف أو محل إقامتهم، كما أنه يتحقق فيه المعيار الاقتصادي وفق ما إنتهى إليه أصحابه من إنتقال السلع والأموال عبر الحدود بين الدول[٣].

وعلى ذلك، فإن التفرقة بين تلك العقود لها فوائد قانونية وعملية، ومن هنا فإن على المشرع أن يتصدى صراحة لوضع التزامات على عاتق المورد تلزمه بالإدلاء بالبيانات

---

(١) فكثيراً ما يحصل في الواقع العملي هذا الفرض، حيث يقوم المشتري بشراء السلع والخدمات عبر مثل هذه المواقع ويطلب تسليمها في اماكن تقع ضمن النطاق الجغرافي المحدد من قبل المنتج أو المورد، كان يقوم مصري بشراء كتاب من موقع امازون الالكتروني وهو في مصر ويطلب تسليمها على عنوان زميل له مقيم في فرنسا حيث يسمح الموقع بالتسليم هناك.

(٢) د. مراد محمود يوسف مطلق: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكترونية، مرجع سابق، ص٨٥، د. عمرو عبد الفتاح علي يونس: جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني، مرجع سابق، ص١٥١، د. د. أحمد الهواري: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، والذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ١٠- ١٢ مايو ٢٠٠٣م، المجلد الرابع، ص١٦٤٥،

(٣) د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٩.

التي تدل على موقعه الجغرافي وتحديد نطاق عرضه الموجه إلى الجمهور ما إذا كان مفتوحا للكافة أم مقصوراً على فئة معينة .

ثانياً: المعيار المختار: المعيار القانوني الموسع

بعد أن فرغنا من العرض السابق، فإن الباحث يرجح الأخذ بالمعيار القانوني لإضفاء الطابع الدولي على عقود المستهلكين الالكترونية، الذي يقوم على توافر العنصر الأجنبي في العقد[١] ، فالمعيار القانوني يصلح للكشف عن دولية عقود الإستهلاك الالكترونية(الخالصة) التي يعجز المعيار الاقتصادي عن تفسير دوليتها، والتي من أبرز صورها تلك العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً(مثل: العقود التي ترد على البرامج الالكترونية أو الصوتية أو افلام الفيديو أو الكتب الاكترونية)، إذ أن إختلاف موطن الأطراف يعتبر كافياً للقول بتحقق العنصر الأجنبي ومن ثم إعتبار العقد دوليا[٢] .

ولا ينتقص من هذا المعيار القول بأنه يسرف في إضفاء صفة الدولية على بعض عقود التجارة الالكترنية التي يكون فيها العنصر القانوني غير مؤثر كجنسية الاطراف[٣] ، إذ أن تحديد دولية العقود التي تبرم عبر الانترنت هي مسالة لا تثار إلا أمام القضاء ومن ثم فإن تحديدها من سلطة القاضي، وهو في ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض.

ويدعم ما انتهينا إليه من الأخذ بالمعيار القانوني للكشف عن دولية عقود التجارة الالكتروني نص المادة الأولى من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن إستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م[٤] ، والتي ورد نص فقرتها الأولى على النحو التالي: " تنطبق هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الالكترونية في سياق تكوين العقود أو تنفيذ عقد بين أطراف تقع مقار عملها في دول مختلفة"[٥] ، حيث نلاحظ أن هذه الاتفاقية قد أخذت بالمعيار القانوني لبيان دولية العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت.

---

(١) أنظر ما سبق بيانه في شان المعيار القانوني لدولية العقد، ص٤٥.

(٢) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٥٥.

(٣) حيث يرى ضرورة التفرقة بين العناصر القانونية المؤثرة وغير المؤثر في القول بدولية عقود التجارة الالكترونية، أي المعيار القانوني المضيق، انظر: د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٥٣.

(٤) إتفاقية الامم المتحدة بشان استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٥م متاح باللغة العربية، من خلال موقع الأونسيترال، www.uncitral.org.

(٥) وقد كان نص هذه المادة في المشروع الأولي لهذه الاتفاقية يجري على النحو التالي: " يجوز لأي دولة أن تعلن أنها لن تطبق الاتفاقية إلا على العقود التي تبرم بين طرفين يوجد مكان عملهما في دولتين مختلفتين، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون دولة متعاقدة أو عندما يكون الطرفان قد إتفقا على أن تنطبق"، انظر تقرير الفريق العامل الرابع(التجارة الالكترونية) عن أعمال دورته الحادية والاربعين في الفترة ٥-٩ مايو، نيويورك ٢٠٠٣م، النسخة العربية، ص١٨، متاح من خلال موقع الأنسيترال السابق الإشارة إليه.

الباب الأول

حماية المستهلك الالكتروني من خلال مناهج القانون الدولي الخاص

الفصل الأول

حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية قواعد الإسناد

الفصل الثـاني

حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية القواعد الموضوعية

الباب الأول
حماية المستهلك الالكتروني من خلال مناهج القانون الدولي الخاص

تمهيد وتقسيم:

عند تزاحم عدة قوانين لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي فإن الذي ينظم هذا التزاحم هي قاعدة الإسناد أو قاعدة تنازع القوانين التي تتولى حل النزاع في مثل تلك العلاقة، وهي قاعدة وطنية يضعها المشرع لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي وأكثرها تحقيقاً للعدالة من وجهة نظره[(١)].

ومن أهم وأبرز خصائص قاعدة الإسناد: أنها قاعدة غير مباشرة أو إرشادية فدورها يتمثل في الإرشاد إلى أكثر القوانين ملاءمة لحسم النزاع، وهي قاعدة غير محددة المضمون فدورها يقتصر على أن تدل على القانون الواجب التطبيق وليست ذات مضمون مادي أو موضوعي، وهي قاعدة مزدوجة فهي لا تقتصر على بيان حالات تطبيق قانون القاضي فحسب بل تتعدى هذا الدور إلى بيان حالات تطبيق القانون الأجنبي، وهي قاعدة محايدة بمعنى أنها تضع القانون الوطني والقانون الأجنبي على قدم المساواة فقد تشير إلى هذا أو ذاك لحكم النزاع[(٢)].

فقاعدة الإسناد التي تحكم العقود الدولية هي قاعدة عامة " تنطبق على سائر العقود الدولية دون مراعاة للطبيعة الخاصة لكل عقد، وبغض النظر عن مراكز طرفي العقد حيث تفترض تساويهما في القوة والندية، وقد أثبت التطور المعاصر لعقود التجارة الدولية أن هناك بعض العقود التي تحتاج إلى حماية خاصة للطرف الضعيف فيها كعقد العمل وعقد الاستهلاك"[(٣)].

---

(١) تعرف قاعدة الإسناد بأنها" قاعدة قانونية وضعية، ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملاءمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها" د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط١، بدون سنة نشر، ص٢٤.

(٢) راجع في خصائص قاعدة الإسناد، أستاذنا الدكتور: عبد المنعم زمزم: الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٩٠وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص١٥٨ وما بعدها، د. عكاشة محمد عبد العال: الوسيط في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١١ وما بعدها، د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص٧٤.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤م، ص١١.

ولما كان المستهلك الالكتروني هو الطرف الضعيف في العقد، فإن ترك أمر حمايته لقاعدة الإسناد التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على العقد محل الدراسة فيه نظر لأن قاعدة الإسناد هي قاعدة محايدة، فقد تشير إلى قانون لايكفل حماية لهذا المستهلك أو يحقق له حماية ولكنها تقل في درجتها عن تلك الحماية المعروفة في قانون موطنه أو محل إقامته، إذ إن التنظيم التشريعي يختلف من دولة إلى أخرى[(١)].

ونظراً لتلك المثالب فقد اتجه الفقه نحو البحث عن ضوابط أخرى تكون أكثر فاعلية في بسط الحماية التامة للمستهلك، بل إن البعض قد خرج عن قاعدة الإسناد لينادي بضرورة حماية المستهلك من خلال القواعد الموضوعية lex electronic التي تعطي المستهلك الالكتروني حماية مباشرة وفق القواعد والأعراف السائدة في التجارة الدولية.

فلو تعاقد شخص يقيم في مصر مع أحد الفنادق الكائنة في جنيف، وذلك من أجل الاقامة لمدة أسبوع فيه، وجرى التعاقد من خلال موقع الفندق على شبكة الانترنت ، فإذا ما قام نزاع بخصوص هذا العقد، فإن التساؤل الذي يثور هنا هو، ما مدى فعالية قاعدة الإسناد أو التنازع في تحقيق حماية المستهلك الالكتروني؟ والى أي مدى يمكن بسط تلك الحماية؟ وإذا لم تحقق تلك القواعد حماية المستهلك فهل تكفي القواعد الموضوعية في إيجاد الحماية المنشودة؟ أم أن من الضروري المزج بين تلك الفكرتين؟

ونجيب عن ذلك من خلال تقسيم هذا الباب إلى فصلين وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية قواعد الإسناد.

الفصل الثاني: حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية القواعد الموضوعية.

---

(١) د. أحمد محمد الهواري: مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصاد، ٢٠٠٧، ص٢٧٦.

الفصل الأول

حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية قاعدة الإسناد

المبحث الأول

ضابط الإسناد الإرادي(مبدأ سلطان الإرادة)

المبحث الثاني

مدى ملاءمة قواعد التنازع التقليدية في حماية المستهلك الالكتروني

المبحث الثالث

ضوابط الإسناد الملائمة لحماية المستهلك

الفصل الأول
حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية قاعدة الإسناد

تمهيد وتقسيم:

إن الحماية المقررة للمستهلك بموجب قاعدة الإسناد لا تكون محددة بالنسبة للمستهلك منذ لحظة إبرام العقد، وإنما يكون ذلك التحديد بعد قيام النزاع ورفع الأمر إلى القضاء الذي بدوره يطبق قاعدة الاسناد التي تشير إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع دون مراعاةٍ للحلول الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون[١].

ومن المعلوم أن قاعدة الإسناد أو تنازع القوانين في مجال العقود الدولية تخضع في تحديدها لنص المادة ١٩ من القانون المدني المصري وهي المادة ٢٩ من القانون المدني اليمني حيث تنص على أنه " يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلف موطن كلٍ منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على قانون آخر أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر..."[٢].

يتضح من نص المادة السابقة أن ضابط الإسناد في مجال العقود الدولية، هو قانون الإرادة في المقام الأول. ثم يأتي بعده قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين، ثم قانون الدولة التي جرى فيها إبرام العقد أو تنفيذه. وبذلك فإنه إذا أبرم أحد المستهلكين عقداً دولياً عبر شبكة الانترنت، فإنه سوف يخضع لقانون الإرادة، فإن لم يوجد مثل هذا الاختيار فإنه سوف يصار إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، ثم قانون محل إبرام العقد أو تنفيذه.

ومما لا شك فيه أن المستهلك[٣] في الفرض السابق هو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وأن الطرف الآخر هو الأقوى والمعول على إرادته سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية وحتى القانونية، وبالتالي فإن رضا المستهلك يكون محل نظر خصوصاً في العقود الالكترونية التي يخضع فيها المستهلك لكم هائل من الدعاية والإعلان والذي يدفعه إلى التعاقد.

---

(١) انظر:
Giesela Rühl: **Consumer Protection In Private International Law**, p.9. available online: www.ile-hamburg.de/_data/Hamburg_lectures_Ruehi_paper.pdf.

(٢) وهو النهج الذي سارت عليه تشريعات كثير من الدول في مجال العقود الدولية ونهج مقاربة وأحياناً مطابقة لنفس النص، كما هو في المادة ١/٢٠ مدني سوري والمادة ١/٢٥ مدني عراقي، والمادة ١/١٩ مدني ليبي، والمادة ٦٢ دولي خاص تونسي، والمادة ١/١٩ من القانون المدني الإماراتي.

(٣) انظر في تحديد مفهوم المستهلك ما سبق بيانه في الفصل التمهيدي من هذا البحث.

هذا ولما كانت قاعدة الإسناد تعد قاعدة غير مباشرة وذات طابع مزدوج لا تنظر إلى أطراف العلاقة حتى تعطي لأحد أفضلية على الآخر وذلك بحكم أنها متجردة من السعي إلى تلبية مصالح أحد الأطراف دون الآخر[١]، فإن تطبيق هذا الضابط في مجال عقود الاستهلاك يكون محفوفاً بمخاطر جمه، تكمن هذه المخاوف في أن هناك إختلالاً في التوازن العقدي بالنسبة لعقود الاستهلاك.

خصوصاً أن قاعدة الإسناد التي تحكم العقود الدولية هي ضابط الإرادة، التي لا يمكن تصور إعمالها إلا بين الأنداد الذين لهم نفس القوة وذات القدرة، أما في عقود المستهلكين فإن إرادة طرف تعلو على آخر ومن ثم فإن إعمال هذا الضابط سوف يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين أطراف العقد الواحد لمصلحة الطرف القوي.

وهو ما جعل الفقه الحديث يبحث عن ضوابط تكون أكثر ملاءمة لحماية مصالح الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الدولية، وتكون هذه القاعدة ذات غاية مادية الهدف منها هو إعطاء المستهلك أقصى قدر من الحماية في مجال العقود الدولية من خلال القانون الواجب المرشح لحكم هذه العلاقة. وهذه القاعدة تتطلب أن تكون على قدر كبير من المرونة بحيث تسمح للقاضي بأن يتخير من بين تلك القوانين المتزاحمة أكثرها حماية للمستهلك.

من هنا فإن تقسيم هذا الفصل سوف يكون بين قواعد التنازع التقليدية وقاعدة التنازع الحديثة وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ضابط الإسناد الإرادي(مبدأ سلطان الإرادة)

المبحث الثاني: مدى ملاءمة قواعد الإسناد التقليدية في حماية المستهلك الالكتروني.

المبحث الثالث: ضوابط الإسناد الملائمة لحماية المستهلك الالكتروني.

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، المرجع السابق، ص٩١.

المبحث الأول
ضابط الإسناد الإرادي(مبدأ سلطان الإرادة)

تقسيم:

تجمع النظم القانونية العالمية على أن العقود الدولية تخضع لحكم قانون الإرادة، الذي جرى اختياره من قبل الأطراف، حيث يمثل هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص(١)، وهو ما استقرت عليه التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية.

وعليه، فإن عقود المستهلك الالكتروني الدولية لا تخرج عن المدلول العام لهذا الضابط، فإلى أي مدى يمكن لهذا الضابط أن يراعي خصوصية هذه العقود، وهل هناك معوقات تقف أمام تطبيقه في مجال عقود الاستهلاك؟. في سبيل توضيح ذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: مدلول ضابط الإرادة وتقنينه ومبرراته.

المطلب الثاني: مدى ملاءمة ضابط الإرادة لحماية المستهلك الالكتروني.

---

(١) للمزيد انظر في الفقه العربي: أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١م، ص١٥٦، د. عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣م، ص١٣، د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص١٠٥٨ وما بعدها، د. هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٩٢ وما بعده، د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٧١ وما بعدها.

وفي الفقه الأجنبي:

*John O'Brien: **Conflict Of Laws**, Second Edition, Cavendish, London 1999, p.309.

Peter Stone*: **EU Private International Law Harmonization of Laws, Edward Elgar, UK 2006, p.272.

*Jillian R. Camarote: **A little More Contract Law With My Contracts Please**: The need to apply unconscionability directly to choice-of-law clauses, Seton Hall Law Review , Vol ,2009, p.609.

*GieselaRühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, CLPE Research Paper 4/2007, VOL. 03 NO. 01, p.2&33.

المطلب الأول
مدلول ضابط الإرادة وتقنينه ومبرراته

أولاً: مبدأ سلطان الإرادة

إن من الثابت أن مبدأ سلطان الإرادة يعطي للأطراف إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، " فالعقد الدولي يخضع للقانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم وتلك هي القاعدة الأصلية التي تقررها النظرية العامة لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية"[١](٢) .

" ويعني مبدأ سلطان الإرادة في نطاق القانون الدولي الخاص أمرين: الأمر الأول: الاعتراف للإرادة بالقدرة على إبرام ما يعن لها من مختلف التصرفات القانونية، وهو نفس الدور المعترف به في القوانين الداخلية. الأمر الثاني: قدرة الإرادة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي"[٣] .

واختيار الأطراف لقانون معين لا يتم عبثاً، " وإنما هو اختيار يتحدد بمقتضاه مدى الالتزامات المتولدة عن رابطتهم العقدية. إنه إختيار وليد إرادة مبصرة"[٤] ، ويسري هذا القانون بوجه عام على كل ما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن العقد، وهذا القانون المختار لا يقتصر فقط على النصوص المكملة في القانون وإنما يشمل أيضاً النصوص الآمرة في هذا القانون[٥] .

ويتحدد نطاق مبدأ سلطان الإرادة ضيقاً واتساعاً بين النظرية الشخصية والموضوعية، فالنظرية الشخصية التي تقدس الحرية الفردية، تكون فيها " الإرادة المشتركة للمتعاقدين مقدسة، ولا يجوز المساس بها أو الاقتراب منها، لأنها تحوز سلطة مطلقة في اختيار القانون الذي تراه مناسباً لحكم العقود دون قيد أو شرط"[٦] . " فإرادة

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩م، ص٩١.

(٢) قارن في ذلك:
Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law**: op. cit., p.96.

(٣) راجع أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٥٦.

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال مصطفى: الوسيط في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٧٠٨.

(٥) د. عصام الدين القصبي: القانون الدولي الخاص، طبعة خاصة بجامعة المنصورة، ٢٠٠٩م، ص٢٢٩.

(٦) انظر في مضمون هذه النظرية والنتائج المترتبة عليها أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٥٦.

المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة، وهي لا تحتاج في هذا الإلزام إلى قوة القانون، فالعقد ملزم في ذاته وهو لا يستمد هذا الإلزام من القانون وإنما من إرادة المتعاقدين"[(١)]، مما يعني تمتع أطراف العقد بالاستقلال في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم والأكثر ملاءمة وتفضيلاً بالنسبة لهم[(٢)].

ومن ثم، فإن ما يترتب على هذه النظرية أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على عقدهم يصبح شرطاً في العقد، ويطبقه القاضي على هذا الأساس وليس على أساس وصفه قانوناً، وهنا تكمن الخطورة فيصبح العقد الدولي عقدا طليقاً دون قانون يحكمه، بل إن القواعد الآمرة في ذلك القانون قد يتم استبعادها من أطراف العقد وهو ما يهدد نظرية القانون الدولي الخاص[(٣)].

أما النظرية الموضوعية، فإنها على عكس النظرية الشخصية، فهي تقوم على إعلاء سلطان القانون على إرادة المتعاقدين، " فإذا كان لإرادة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن سند هذا الاختيار هو القانون" فالاتفاق الإرادي ليس له في حد ذاته قيمة قانونية وقوة ملزمة، فهذه القيمة وتلك القوة إنما يستمدها من القانون"[(٤)]، وهكذا تعد إرادة المتعاقدين بمثابة ضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق"[(٥)]، ويتوقف دور الإرادة عند هذا الحد وبالتالي عدم استبعاد القواعد الإلزامية في هذا القانون[(٦)]، حيث لا يجوز للأطراف التنازل عنها[(٧)].

---

(١) انظر في ذلك: د. هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٠١.

(٢) انظر:

Poyton D.A: **Electronic Contracts**: op. cit., p.95.

(٣) راجع في ذلك:

Frédérique Sabourin: **Le contrat sans loi en droit international privé Canadien**, Revue q42 uébécoise de droit international, 2006, p.38.

(٤) د. عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص٢٢.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص١٥٧.

(٦) انظر:

Poyton D.A: **Electronic Contracts**, Op. Cit, p92.

(٧) للمزيد انظر:

Teresa Rodriguez: **Applicable law and jurisdiction in electronic contracts**, e-business Issue, 2011, p.2, available online: www.emarketservices.com.

مما يترتب على ذلك إعطاء القاضي دور أساسي في البحث عن إرادة الأطراف عند عدم الاختيار وفق التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وليس استناداً إلى الإرادة المفترضة، بل ويملك أن يصحح اختيارهم الذي لا يتوافق مع التركيز الفعلي لعناصر العقد، " فقد يستبعد هذا الاختيار الذي تم من جانب الأطراف في العقد متى كان شرط الاختيار لا يتطابق مع تركيز حقيقي لعناصر العقد"[١][٢] .

ونتيجة ذلك كله، هو إن مبدأ سلطان الإرادة يعطي للأطراف إمكانية تحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم بصرف النظر عن طبيعته وعما إذا كان هذا العقد من عقود الإذعان من عدمه[٣] ، وما يبرز عنه من مساوئ بسبب عدم التكافؤ بين أطراف العقد[٤] ، " فالقانون واجب التطبيق على العقد الدولي، يتم تحديده، بطريقة مجردة، معصوبة العينين les yeux fermes دون اهتمام بمضمون أحكامه وقواعده، ومدى ملاءمتها للعقد"[٥] .

وهو ما سوف يقود بالضرورة " إلى جعل أساس فكرة التوازن العقدي في هذا المجال ذات معيار شخصي صرف يصعب تقييمه عن غير طريق الأطراف أنفسهم، وسيؤدي بالقطع إلى ترك الطرف الضعيف في العقد فريسة سهلة أمام الطرف القوي يتلاعب به ويملي عليه ما يشاء من شروط يقف أمامها الطرف الضعيف عاجزاً لا يملك إلا أن يقبلها ككل أو يرفضها ككل"[٦] .

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٣١.

(٢) قارن في ذلك:

Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, CLPE Research Paper 4/2007, VOL. 03 NO. 01, p.10

(٣) انظر:

John O’Brien: **Conflict Of Laws**, Op. Cit., p307.

(٤) د. أبو العلا النمر: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، ص٢١.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م، ص٢٧٤.

(٦) د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٧١.

ثانياً: تقنين المبدأ في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية

لقد حظى مبدأ سلطان الإرادة باهتمام كبير من قبل المشرعين على المستوى الدولي وعلى المستوى الوطني، وهو ما سوف نجمل في بيانه على النحو التالي:

١. تكريس المبدأ في الاتفاقيات الدولية

قنن مبدأ سلطان الإرادة العديد من الاتفاقيات الدولية، نذكر من ذلك اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المبرمة في ١٥ يوليو ١٩٥٥م في المادة الثانية منها، واتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ١٩٨٠م في المادة الثالثة[(١)] ، والمادة ١/٧ من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع المبرمة في ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦م، واتفاقية مكسيكو التي أبرمت بين الدول الامريكية في ١٧ ابريل ١٩٩٤م في المادة ٧، ونختم بالتوجه الاوربي٢٠٠٨/٥٩٣، والخاص بتعديل اتفاقية روما ١٩٨٠م، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث نصت المادة ١/٣ منها على أنه " يخضع العقد للقانون الذي اختاره الطرفان، ويمكن أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو يجري استنتاجه من أحكام العقد أو الظروف والملابسات. ويمكن للأطراف الاتفاق على سريان القانون المختار على كل أحكام العقد أو على جزء منه فقط"[(٢)] .

٢. تكريس المبدأ في التشريعات الوطنية

وجد مبدأ سلطان الإرادة طريقه إلى التشريعات الوطنية وذلك في العديد من هذه التشريعات، فنجد من ذلك المادة ٢٩ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٩ من القانون المدني المصري، وهو كذلك في كل تشريعات العالم مثل المادة ١٦ من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في ١٥ مايو ١٩٧٨م، والمادة ١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٧٨، والمادة ٢٩ من القانون الدولي الخاص الفنزويلي الصادر في ١٦ اغسطس ١٩٩٨م، والمادة من القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر في ١٦ يونيه ٢٠٠٤م المادة ٩٨ ، والمادة ١٨٧ من التقنين الامريكي الثاني، والمادة ٣١١٧ من القانون الدولي الخاص لإقليم الكيبيك الكندي الصادر في ١٩٩١م.

---

(١) وقد مر هذا النص بالعديد من المناقشات الجادة قبل إقرار الاتفاقية وبعد وإقرارها حتى صدر التوجيع الأوربي المعدل لها في ٢٠٠٨م، للمزيد انظر تقرير جوليانو ولاجارد:

Mario Giuliano & Paul Lagarde: **Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, Rome 1980**, Official Journal of the European Communities, No C 282/1, 31. 10. 80.

(٢) وقد ورد نص المادة باللغة الإنجليزية على النحو التالي:

Article 3 Freedom of choice: "*1*. *A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract".*

ونختم بالقانون الدولي الخاص التركي الذي نص على هذا المبدأ في المادة ٢,١/٢٤ على أن " تخضع الالتزامات الناشئة عن العقود، للقانون المختار من قبل الأطراف، وهذا الاختيار قد يفهم من شروط العقد أو من الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد. ٢. ويجوز للأطراف تحديد القانون الذي يختارونه أن يطبق على كل العقد أو جزء منه"(١) .

ثالثاً: مبررات ضابط الإرادة

يضع الفقه مبررات لقبول مبدأ سلطان الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص، فهذا الضابط يكفل حماية توقعات الأطراف المتعاقدة، فالأطراف عند إبرامهم للعقد يحددون التزامات وأداءات الطرفين بالنظر لقانون معين يتوقعون انطباقه على عقدهم وهو القانون الذي يختارونه، " وهذا التوافق لقانون الإرادة مع العقد يعد في الحقيقة أساس تطبيق القانون المختار على هذا العقد"(٢) .

وعلى ذلك فإن إعمال قانون الإرادة من شأنه أن يحقق الأمان القانوني للأطراف المتعاقدة، فهو يجنبهم عدم اليقين بشأن القانون الذي يمكن تطبيقه على عقدهم والسماح للأطراف باختيار قانون يؤدي إلى تحقيق الآثار القانونية المنشودة التي يرغبون في تحقيقها(٣) . بمعنى " أنه عن طريق التعيين الواضح للقانون يمكن للعاقدين معرفة الحقوق والالتزامات الخاصة بكل منهما وتوقع ما قد يسفر عنه هذا الاختيار من نتائج في حال ما إذا عرض موضوع النزاع على المحكمة المختصة أو على محكم دولي"(٤) .

---

(١) ويجري نص هذه المادة باللغة الانجليزية على النحو التالي:

Article 24 (1) "*Obligations arising from contracts shall be governed by the law explicitly chosen by parties. Choice of law that may be understood with reasonable certainty from the provisions of the contract or the relevant circumstances shall also be valid. (2) The parties may determine that the chosen law shall apply to the whole or part of the contract".*

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٨١.

(٣) المرجع السابق، ص٨٢.

(٤) د. فؤاد محمد محمد العديني: تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٥٦.

كما أن القانون المختار قد يكون على درجة كبيرة من النضج الفني مما يؤهله لحكم هذه العقود، ويعد ملائماً لحكمها من أي قانون آخر(١)، بعكس منهج تنازع القوانين فهو منهج أعمى وعندما يحدد القانون الواجب التطبيق فإنه لا يأخذ في الحسبان مضمون هذا القانون الذي يمكن أن يكون غير ملائم على الإطلاق للحالة المطروحة(٢).

ويساعد مبدأ سلطان الارادة على تطور وتقدم التجارة الدولية، حيث إن إعطاء الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يفسح المجال أمام حرية التجارة الدولية واستبعاد القوانين التي تقف حجر عثرة أمام هذا التطور، فالعقود الدولية هي أداة لتداول الثروات والخدمات عبر الحدود، بمعنى أن استبعاد القانون المختار وتطبيق قانون آخر سوف يؤدي إلى إعاقة حركة التجارة الدولية(٣).

---

(١) فنجد لذلك تطبيقاً في أحد أحكام القضاء الأمريكي، ففي حكم للمحكمة الاتحادية في ٢٠٠١م، في قضية تتلخص وقائعها، في أن هناك عقداً بين مغنية MANSON وشركة إنتاج Radioactive، في عام ١٩٩٣م، وقد اتفق الطرفان في العقد على خضوع أي منازعه تنشأ في المستقبل تتعلق بهذا العقد لاختصاص محاكم ولاية نيويورك وتطبيق قانونها، وفي ٢٠٠٠م رفعت المغنية دعوى قضائية على الشركة أمام محاكم كافورنيا، دفعت الشركة بوجود اتفاق في العقد يجعل الاختصاص لمحاكم ولاية نيويورك، ودفعت المغنية بعدم وجود علاقة بين العقد وولاية نيويورك، رفع الأمر إلى المحكمة الإتحادية، حيث قررت أن شرط الاختيار صحيح فالأطراف رغبوا في اختيار اختصاص محاكم نيويورك وتطبيق قانونها لأن لولاية نيويورك خبرة كبيرة في مثل هذا النوع من العقود، وأراد الطرفان الاستفادة من هذه الخبرة وذلك باختيارهم لقانون نيويورك. يمكن الاطلاع على الحكم من خلال:

http://www.leagle.com

وقد جرى نص هذا الحكم على النحو التالي:

Radioactive, J.V. v. Manson, 153 F. Supp. 2d 462 (S.D.N.Y: 2001). *" The court noted that New York had sufficient contracts with the contract. However, it also held that even in the absence of such contacts, the choice of New York law would have been reasonable: "New York federal and state courts have significant experience with music industry contracts, and the parties wanted to avail themselves of that experience by selecting a New York forum and New York law."*

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٨٤.

(٣) انظر:

Steven N. Baker: **Foreign Law Between Domestic Commercial Parties**: A Party Autonomy Approach with Particular Emphasis on North Carolina Law, Campbell Law Rev.,Vol. 30, p.437.

رابعاً: طرائق إعمال مبدأ سلطان الإرادة

إن الأطراف في سبيل اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على عقدهم قد يسلكون أحد أمرين الأول الاختيار الصريح للقانون والثاني الاختيار الضمني؛

فلاختيار الصريح هو الاختيار الذي يتحقق بمقتضى اتفاق صريح بين الأطراف على إخضاع عقدهم لقانون معين، " وعلى القاضي احترام هذا الاختيار فكل اختيار صريح من الأفراد يقابله التزام على القاضي بأن يحترمه"(١) . ويكون الاختيار الصريح إما كشرط في العقد أو في إتفاق مستقل عن العقد، وقد يكون هذا الاختيار لاحقاً في عقد مستقل.

أما الاختيار الضمني، وهو ما يتم بالكشف عن هذه الإرادة من خلال القرائن والأمارات التي تحيط بالعقد(٢) ، إذ لا يعني عدم التحديد الصريح من جانب الأطراف لقانون العقد انتهاء كل دور لهم وإنما يجب الكشف عن نيتهم الضمنية التي تعبر عن رغبتهم في تطبيق قانون معين(٣) . وهذه الإرادة الضمنية يستخلصها القاضي من ظروف وملابسات العقد(٤) ، وتعد مسألة من مسائل الواقع التي تعتمد على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا تخضع لرقابة محكمة النقض(٥) .

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال مصطفى: الوسيط في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٧١٠.

(٢) انظر:

John O’Brien: **Conflict Of Laws**, op. cit., p.311.

(٣) د. عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص٢٨، د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص١٠٩٩.

(٤) انظر تقرير جوليانو ولاجارد:

Mario Giuliano & Paul Lagarde: **Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, Rome 1980**, op. cit., p.15.

(٥) انظر:

Steven N. Baker: **Foreign Law Between Domestic Commercial Parties**: op. cit., p.439.

المطلب الثاني
مدى ملاءمة ضابط الإرادة لحماية المستهلك الالكتروني

تبين مما سبق دراسته أن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص الذي تكرسه معظم النظم القانونية على المستوى الدولي والوطني، فهو يمثل ضابط الإسناد الرئيس في العقود الدولية. ومع ذلك، فإن هذا لايعني أنه قد تم قبول هذا المبدأ على إطلاقه، وإنما هناك قيودٌ على هذا المبدأ ترجع إلى ضرورة معالجة الاختلال في التوازن العقدي[١]. حيث تتدخل الدولة بوضع قواعد آمرة حماية للنظام الاقتصادي للدولة[٢].

"ذلك أن حماية الطرف الضعيف في العقد الدولي لن تتأتى إلا عن طريق القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق، أي تبعاً لما يطلق عليه العدالة المادية... ثم إن العدالة التنازعية ستبقى بعيداً عن أن تمارس دوراً مباشراً في حماية الطرف الضعيف في العقد الدولي، لأن دورها يتوقف عند حد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عما إذا كانت أحكام هذا القانون هي الأكثر ملاءمة أو فعالية في حماية الطرف الضعيف أم لا"[٣].

أولاً: استبعاد قانون الإرادة حمايةً للمستهلك:

إن ضابط الإرادة قد تعرض للنقد كضابط إسناد رئيس في قاعدة التنازع العامة التي تحكم العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها ضعيفاً، كما هو الشأن في عقود المستهلك، حيث يفترض أنه عادة هو الطرف الضعيف أمام شركات الإنتاج والخدمات العملاقة، التي تجعل رضا المستهلك منقوصاً في عقوده معها، فهو يتعاقد تحت ضغط إغراءات الدعاية والإعلان الخادعة والمُبهِرَة، التي لا تعطي للمستهلك فرصة للتفكير الحر المتأني في قبول العرض الموجه إليه وفحصه، إذ إن هذه العقود قد توصف بالعقود الهجومية والمباغتة[٤].

---

(١) انظر:
Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law**, op.cit, p.118.

(٢) د. عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص٧٨.

(٣) د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٧١.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية وفق منهج القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٧.

ونتيجةً لذلك يذهب جانب من الفقه[١] إلى استبعاد القانون المختار من جانب الاطراف في حال عقود الاستهلاك[٢]، باعتبار أن من شأن هذا الاختيار أن يؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك. بمايؤدي ذلك إلى حرمان المستهلك من المزايا التي يوفرها له قانون محل إقامته المعتادة. وذلك مثل حق فسخ العقد الذي يمنحه المشرع الفرنسي في عقود التعليم بالمراسلة للطالب، وذلك تجنباً لتعسف المتعاقد معه، فإن أي عقد يتضمن شرط تطبيق قانون غير القانون الفرنسي على هذا العقد سوف يخل بهذا الحق الذي قد يكون غير معترف به في ذلك القانون[٣].

ويضيف البعض[٤]، إن هذا الحل يجد أساسه في إرادة المشرع الوطني في إعادة التوازن بين أطراف العقد الذي يكون أحد طرفيه ضعيفاً كالمستهلك، حيث تتدخل الدولة في حماية هذا الطرف الضعيف للحد من سلطان الإرادة التي يتمتع بها الأطراف ويستفيد منها الطرف القوي بشكل قد يجعل إرادة الطرف الآخر شبه مُعْدَمَة.

ومن المسلم به أن إعطاء إرادة الأطراف حرية مطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد" وفق النظرية الشخصية" سوف يجعل الطرف القوي يستقل بتوجيه هذه الإرادة بما يخدم مصالحه على حساب الطرف الضعيف، وهو الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى إقصاء الهدف الحمائي الذي يتوخاه المشرع من فرض حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد، بمعنى أن استبعاد القانون المختار بإرادة الأطراف هو منع التحايل غير المباشر على القواعد الإلزامية الموضوعة التي تمثل حماية المستهلك[٥].

---

(١) في عرض هذا الرأي انظر: د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٩٧، د. فؤاد محمد محمد العديني: تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٧٦.

Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit., p.22. *"they tend to invalidate choice-of-law clauses in consumer contracts that call for application of a law other than the law of the consumer's habitual residence"*.

(٢) ويماثل هذا الحكم ما جاء في المادة ١٧ من القانون المدني المصري، حيث تقرر إخضاع الوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لقانون جنسية الموصي أو من صدر منه التصرف، بالرغم انها قد تكون من العقود الدولية التي تخضع لقانون الإرادة وفق المادة ١٩، وهو كذلك في العقود التي ترد على عقار وعقود العمل، في أغلب تشريعات دول العالم.

(٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٠٠.

(٤) د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٤٤.

(٥) انظر:

Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.93.

أما في "النظرية الموضوعية" حيث يكون للقاضي دور في تركيز العلاقة العقدية وتصويب اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق، فإن ذلك من شأنه عدم توفير الحماية المرجوة للمستهلك حيث إنه لا يحقق له الأمان القانوني لعدم إمكانية توقعهم للقانون واجب التطبيق على عقدهم مما يتركهم عرضة للمفاجأة، ثم إن قيام القاضي بالتركيز الموضوعي للعقد ليس الهدف منه حماية المستهلك، وإنما ربط النزاع بالقانون الأكثر إرتباطاً به، فقد يطبق قانون لا يحقق الحماية المرجوة للمستهلك، ذلك أن المستهلك عند تعاقده لا يتنبه إلى مسألة دولية العقد وبالتالي اختيار القانون الواجب التطبيق(١)، بل وقد يستبعد قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك أو حتى قانون القاضي(٢)، مما جعل البعض يصف مثل هذا الشرط بأنه من الشروط التعسفية التي تبطل في عقود الاستهلاك B2C(٣).

بمعنى أن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود الاستهلاك سوف يؤدي إلى نتائج غير مقبوله، أبرزها إستبعاد تطبيق قانون محل إقامة المستهلك والذي يمثل قانون البيئة الاجتماعية للمستهلك الذي يوفر له الحماية الخاصة، فقد حرص المشرع على أن يضع تشريعات خاصة تعمل على حماية المستهلك، وحظر كل ما من شأنه أن يؤدي إلى استبعاد تطبيق هذه القواعد بإعتبارها من النظام العام(٤).

ومن التطبيقات التشريعية التي تبنت استبعاد قانون الإرادة فيما يتعلق بعقود المستهلكين، نجد نص المادة ٢/١٢٠ من القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م، التي حظرت اختيار القانون في عقود المستهلكين(٥)، وقد سبقت هذه الفقرة الفقرة الأولى لتوضح تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، ويتضح من ذلك أن هذا النص قد ألغى أي دور لإرادة الأطراف في مجال عقود الاستهلاك وأوجب تطبيق قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك(٦).

---

(١) د. نبيل زيد سليمان مقابله: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية ٢٠٠٧م، ص١٥٧.

(٢) د. أحمد محمد الهواري: مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٨٣.

(٣) انظر:
Teresa Rodriguez: **Applicable law and jurisdiction in electronic contracts**, op. cit, p.2&3.

(٤) انظر:
Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law**, op.cit, p.153.

(٥) وقد جرى نص الفقرة الثانية من المادة ١٢٠ من القانون الدولي الخاص السويسري على النحو التالي:
Art:120/ 2 "*A choice of law by the parties is precluded*".

(٦) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٥٨.

وهو كذلك في قانون مقاطعة الكيبك الكندية الخاص بحماية المستهلك المعمول به في ٣٠ يوليو ٢٠١٠م، حيث تقضي المادة ١٩ منه على أن " كل شرط في العقد يخضعه كلياً أو جزئياً لقانون آخر ... غير قانون مقاطعة الكيبك يكون باطلاً"[١]، وقد كانت المادة ٣١١٧ القانون المدني للإقليم الصادر في ١٩٩١م تتطابق في نصها مع المادة ٥ من اتفاية روما ١٩٨٠م، ونفس النص في القانون المدني الأسباني وفق المرسوم الملكي ٢٠٠٧/١، المادة ٣/٩٠.

وفي القانون الإنجليزي نجد المادة ٢٧ من القانون الموحد للعقود الصادر في ١٩٧٧م حيث تنص الفقرة الثانية منها على أن " يطبيق القانون- الإنجليزي- بالرغم من اختيار الأطراف لقانون أجنبي إذا كان لأحد المتعاقدين صفة المستهلك وله محل إقامة في المملكة..."[٢]. وهو كذلك في قانون ولاية أوريغون الأمريكية في القسم ٤/٣-أ المتعلقة بتنازع القوانين، حيث يرفض اتفاق اختيار القانون الأجنبي في حال العقود التي يكون أحد طرفيها مستهلكاً[٣].

ومن التطبيقات القضائية لفكرة تعطيل دور الإرادة في عقود الاستهلاك نجد، مثالاً لذلك في القضاء الإنجليزي، في قضية تتعلق بنزاع أثير بين شركة إنجليزية ومشتر اسكتلندي متوطن في اسكتلندا وتضمن العقد شرط اختيار القانون الإنجليزي كقانون واجب التطبيق على العقد، وبالرغم من ذلك فقد طبق القاضي الاسكتلندي قانونه على العقد لكونه يوفر حماية للمستهلك من بعض الشروط التي لا يعلمها جيداً[٤].

---

(١) ويجري نص هذه المادة على النحو التالي:

Art: 19, "Any stipulation in a contract that such contract is wholly or partly governed by a law other than an Act of the Parliament of Canada or of the Parliament of Québec is prohibited".The law is Available online: http://www.canlii.org/en/qc/laws/stat/rsq-c-p-40.1/latest/rsq-c-p-40.1.html.

(٢) المادة ٢/٢٧ من القانون الإنجليزي:

Art. 27/2 of the Unfair Contract Terms provides an example of a rule of this nature.

"**(2)** *This Act has effect notwithstanding any contract term which applies or purports to apply the law of some country outside the United Kingdom, where (either or both):*

a) *the term appears to the court, or arbitrator or arbiter to have been imposed wholly or mainly for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of this Act; or*

b) *in the making of the contract one of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary or the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf*". For more see: Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.92.

(٣) في النص والتعليق عليه انظر:

Giesela Rühl: **Consumer Protection In Private International Law**, op. cit., p.25.

(٤) الحكم الصادر في ١٩٥٨م، مشار إليه لدى: د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٠٢.

وفي القضاء الأمريكي نجد حكماً صادراً من محكمة استئناف ولاية وسكنسن (WISCONSIN) الأمريكية في نزاع ثار بين شركة أنظمة البطاقات التطبيقية في ولاية ديلا وير (Delaware) ومستهلكين من ولاية وسكنسن، وكان العقد يتضمن شرط تطبيق قانون ولاية ديلا وير، حيث رفضت المحكمة قانون الإرادة المنصوص عليه في العقد والذي يجيز شرط التحكيم في عقود الاستهلاك، وطبقت المحكمة قانون ولاية وسكنسن لكونه يحقق حماية للمستهلك من خلال حظره لمثل هذا الشرط في عقود الاستهلاك[١]، وفي حكم آخر لم تطبق المحكمة شرط اختيار قانون فرجينيا في عقود خدمات الانترنت الموقع بين شركة America online ومستهلكي كاليفورنيا، وذلك لأن قانون حماية المستهلك في كاليفورنيا ينص على حظر أي تنازل من شأنه أن يضر بالمستهلك لتعارضه مع السياسة العامة في كاليفورنيا، بمعنى أن كل شرط يؤدي إلى استبعاد الحماية المقررة للمستهلك في قانون موطنه يكون باطلاً[٢].

ويخلص هذا الإتجاه الى أن ما انتهى إليه من ضرورة استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف في عقود الاستهلاك، يحقق ثلاث نتائج مهمة[٣]:

١. إن المستهلك يعلم مقدماً بقانون موطنه الذي يألفه أكثر من غيره، ويمكن أن يحصل على المشورة القانونية بيسر وسهولة عند عدم علمه به.

٢. إنه يحمي توقعات المستهلك من حيث تطبيق قانون موطنه عليه حتى ولو لم يعلم بمضمونه، وهو في نفس الوقت يحمي توقعات المهني الذي توقع تطبيق هذا القانون عندما وجهه نشاطه التجاري نحو ذلك البلد.

٣. إن تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك سوف يشجع المستهلك في التعامل مع التجارة الالكترونية الدولية، لأنه يضمن للمستهلك عدم الإنقاص من الحماية المقررة له في موطنه خصوصاً في مجال التجارة الالكترونية.

---

(١) انظر:
Case No.: 2005AP2770,26/8/2007 WI, available onlin: http://www.wicourts.gov/ca/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=27918.

(٢) انظر:
e.g., America Online, Inc. v. Superior Court, 108 Ca. Rptr.2d 699 (Calif. App. 2001); Stone Street Services, Inc. v. Daniels, 2000 WL 1909373 (E.D.Pa. 2000). See: Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit, p.22.

(٣) في عرض هذا الراي انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.99&115.

والواقع أن القول باستبعاد قانون الإرادة فيما يتعلق بعقود الاستهلاك- رغم اجتهاده في منح المستهلك أكبر قدر من الحماية- لم يسلم من النقد فليس القانون المختار من قبل الأطراف دائماً ضاراً بالمستهلك، بل قد يحقق له مزيداً من الحماية قد تزيد عن قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة، ومن ثم فليس من ضرورات الحماية حرمانه من حريته في اختيار القانون واجب التطبيق حيث لا تحقق له القواعد الآمرة في القانون الداخلي قدراً من هذه الحماية[(١)] .

" فاستصحاب العلة الحمائية سالفة الذكر يقتضي إخضاع العقد لأحكام القانون الذي يكفل ضمانات أكبر لحقوق الطرف الضعيف، بصرف النظر عما إذا كان تحديده ناجماً مباشرة عن اختيار الأطراف له أو ناتجاً عن إعمال ضابط إسناد موضوعي"[(٢)] .

بالإضافة إلى أن القواعد التي تنظم الحماية الخاصة بالمستهلك هي قواعد آمرة في أغلب الأحوال، أو من قواعد البوليس التي تكفل حل مباشراً للنزاع، والتي يطبقها القاضي مباشرة دون النظر إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، كما سيأتي بيان ذلك لاحقاً.

ونخلص إلى القول بأن الاستبعاد المطلق لقانون الإرادة في مجال عقود الاستهلاك، من شأنه أن يرتب نتائج غير محمودة لم يكن المشرع ليرغب بها عند وضعه لقواعد حماية المستهلك. وعليه، فإن استبعاد هذا القانون يجب ألا يكون بطريقة مجردة، وإنما معيار الاستبعاد يخضع لمصلحة المستهلك، فمتى كان القانون المختار يحقق حماية أكثر فعالية للمستهل وجب الإبقاء عليه وإعماله قبل غيره، أما إذا كان من شأن هذا القانون أن يخل بالحماية المقررة للمستهلك في قانون محل إقامته، فإنه يجب تطبيق هذا الأخير دون سواه.

ثانياً: حماية المستهلك بتقييد إرادة الأطراف

لما كانت فكرة الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة مغالٍ فيها حيث إنه يجب عدم التضحية بقانون الإرادة. وعليه، فإنه يمكن الحد من سطوة الطرف القوي في العقد على الطرف الضعيف وذلك بتقييده بالقواعد الإلزامية أو الآمرة التي سنها المشرع حماية للمستهلك في قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة والتي عبر عنها بالحد الأدنى من الحماية، ويبقى حقه في الاستفادة من الحماية التي يمنحها له قانون الإرادة إذا كان هذا القانون أكثر حماية لمصالحه من القانون الأول[(٣)] .

---

(١) د. أحمد محمد الهواري: مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٨٦.

(٢) د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٤٧.

(٣) انظر:

Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.98.

ويبرر هذا القول أن الإبقاء على ضابط الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية من شأنه أن يحقق الأمن القانوني حيث يتوقع الأطراف تطبيق هذا القانون على عقدهم وتنظيم مراكزهم على هذا الأساس[١]، كما من شأنه أنه يحقق مصالحهم من خلال تمكينهم من اختيار قانون متطور يخدم مصالحهم وينسجم مع الطبيعة المميزة للعقد خصوصاً في عقود التجارة الالكترونية التي مازالت الفجوة كبيرة فيما بين قوانين الدول المختلفة، مما يحقق ازدهار هذه التجارة وتطورها[٢].

ويؤكد بعض الفقه " أنه في الفكر القانوني الحديث، يمكن أن يكون لقانون العقد صفة احتياطية في التطبيق، إما بسبب عدم ملاءمته بالنظر إلى وجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية، وإما بسبب مبدأ الكفاية الذاتية، بالنظر إلى وجود العقود النمطية والشروط العامة"[٣]. بمعنى أن ضابط الإرادة هو ضابط أصلي في العقود الدولية بصفة عامة أما العقود التي يكون أحد طرفيها ضعيفاً كالمستهلك فإنه يصبح ضابط إسناد احتياطي أو تكميلي بجانب ضابط الإسناد الخاص بعقود الاستهلاك والذي يشير إلى قانون محل إقامة المستهلك المعتادة باعتباره يمثل الحد الأدنى من الحماية المرجوة للمستهلك والذي لا يجوز النزول عنه[٤].

لذلك يجب ألا يؤدي تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف إلى حرمان المستهلك من الحماية المقررة له بموجب القواعد الآمرة في قانون محل إقامته المعتادة أو الانتقاص منها[٥]. "ويؤدي هذا الحل إلى الإبقاء على القانون الأجنبي، والذي اختاره الأطراف ليطبق على عقدهم، عندما تكون أهدافه متفقة مع روح القواعد الآمرة التي وضعت لحماية

---

(١) د. فؤاد محمد محمد العديني: تحديد القواعد الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٩٠.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٣٣، وهو عند:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.171.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص٣٧٥.

(٤) د. نبيل زيد سليمان مقابلة: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢١٣.

(٥) قارن في ذلك:

Mario Giuliano & Paul Lagarde: **Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, Rome 1980**, op. cit., p.27. *" effect may be given to the mandatory rules of any State with which the situation has a significant connection, if and to the extent that, by the law of that State, those rules are applicable irrespective of the law indicated by its conflict rules*".

المستهلك، ولا سيما إذا كانت قواعد هذا القانون أكثر حماية للمستهلك من قانون محل إقامته المعتادة"[(١)].

ويعني ذلك أن القاضي عندما يعرض عليه النزاع، فإن أول ما يقوم به هو فحص مضمون القانون الذي يطبق على العقد الذي اختاره الأطراف والمقارنة بينه وبين القانون الموضوعي" قانون محل إقامة المستهلك" وأيهما يمثل حماية أكثر للمستهلك، ففي حال كان القانون المختار يحقق حماية أكثر طبقه على العقد[(٢)]، أما في حال كانت الحماية أقل فإن عليه استبعاده، ويطبق القانون الموضوعي الأكثر حماية[(٣)].

وقد تبنت هذا الحل اتفاقية روما ١٩٨٠م المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك في نص المادة ٣ التي أخضعت جميع العقود لقانون الإرادة، ثم أتبَعَتها بقيد في المادة ٢/٥ حيث جعلت اختيار الأطراف للقانون لا يسري على العقد الذي يترتب عليه حماية للمستهلك أقل من الحماية التي تقررها له القواعد الإلزامية في قانون دولته أو محل إقامته المعتادة[(٤)].

وهو كذلك في مشروع اتفاقية لاهاي ١٩٨٠م بشأن القانون واجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين، في المادة ٦ حيث نصت على أن" يحكم القانون الداخلي المختار بواسطة الأطراف البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، ولا يجوز أن يحرم اختيار الأطراف المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في القانون الداخلي لبلد محل إقامته المعتادة وقت الطلب".

ومن القوانين الوطنية التي أخذت بهذا الحل التقنين الأمريكي الثاني **Restatement Second** في المادة ١٨٧/ب منه والتي جاء النص فيها على: "أنه لن يعتد بالقانون الذي اختاره الأطراف لحكم العقد، إذا كان هذا القانون يخالف سياسة جوهرية للولاية التي لها مصلحة

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٠٠.

(٢) د. نبيل زيد سليمان مقابلة: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢١٣.

(٣) د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٥٨.

(٤) وقد جرى نصها على النحو التالي:

Art, 5/2: *"Not with standing the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence…"*, for more description see: Bernd von Hoffmann: **Consumer Contracts and the 1980 Rome EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations**, Journal of Consumer Policy 15: 365-384, 1992. Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, p.369.

أكبر في تطبيق قانونها بالمقارنة لمصلحة الولاية التي اختار الأطراف قانونها، وذلك في حال كان قانون الولاية الأولى هو الواجب التطبيق عند عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم في هذا الصدد وفق المادة ١٨٨"(١).

ومن التطبيقات القضائية لهذا الحل نجد حكم محكمة النقض الفرنسية، حيث أيدت المحكمة قضاء الموضوع فيما ذهبت إليه من أن إرادة الأطراف الضمنية قد اتجهت إلى اختيار القانون الفرنسي وتطبيقه على المنازعة المعروضة لكونه محققا لمصلحة العامل بطريقة أفضل من القانون الذي كان سينعقد الاختصاص له في حال عدم وجود خيار(٢).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية قضت محكمة استئناف كاليفورنيا بعدم تطبيق القانون المختار من قبل طرفي عقد القرض الاستهلاكي بين عملاء وشركة نيفادا للإقراض الاستهلاكي (Omni) والتي اتفق فيها الطرفان على تطبيق قانون ولاية نيفادا، وذلك لأن قانون ولاية كاليفورنيا يعطي للمستهلك المقترض حماية أفضل من القانون المختار(٣).

والحقيقة أن المتتبع لنهج القضاء الأمريكي عند فحصه لشرط اختيار القانون في عقود المستهلكين الالكترونية يجد أنه يهتم بفحص هذا الشرط من الناحية الإجرائية والموضوعية على السواء فقد يكون شرط اختيار القانون من الناحية الإجرائية فيه هيمنة وتعسف من جانب المهني وبالتالي يصبح شرطاً تعسفياً حيث ليس للمستهلك إلا القبول أو الرفض إلا أنه في نهاية المطاف يصب في مصلحة المستهلك من الناحية الموضوعية لما يمثله من حماية أفضل له من تلك الحماية التي يقررها قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة والعكس(٤)،

---

(١) وقد جرى نص المادة على النحو التالي:

Art 187/2 "*The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either…(b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.*"

(٢) وذلك في حكمها الصادر في ٣١ مارس ١٩٧٨م، حيث ثار نزاع بين شركة الطيران الفرنسية آير فرنس وعدد من الطيارين الذين ندبوا للقيام بالعمل لدى شركة الخطوط المغربية، انظر الحكم والتعليق عليه لدى: د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٣١.

(٣) انظر:

Cass no GIN034309, Cass no GIN034309, Court Of Appea, Fourth Appellate District Division One State Of California, 17/6/2008, available online: http://caselaw.lp.findlaw.com/data2 /californiastatecases/D049198.DOC.

(٤) انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.239.

وحسناً فعل القضاء الأمريكي ذلك فهو لا يرفض شرط اختيار القانون على إطلاقه ولا يقبله على إطلاقه، ومعياره في ذلك مدى حماية هذا القانون المختار للمستهلك مما يؤكد بقاء هذا القانون بصفة احتياطية لحكم العقد.

ولكن يطرح البعض تساؤلاً في غاية الأهمية هل يعد الإختيار الذي يمارسه الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك وفقاً للنصوص السابقة بمثابة اختيار للقانون الدولي الخاص أي بمثابة قاعدة تنازع أم هو اختيار مادي للقانون الواجب التطبيق؟. حيث يرى البعض أن هذه القاعدة تقبل التفسيرين معاً، فهي قاعدة تنازع وفي نفس الوقت تمثل اختياراً مادياً للقانون واجب التطبيق[١].

بينما يرى آخرون- وبحق- " أن هذا الاختيار هو اختيار للقانون الدولي الخاص، أي يعد بمثابة قاعدة تنازع ولكنها قاعدة تنازع غير عادية، فهي ذات مهمة تعاقبية تستوجب على القاضي إجراء مقارنة بين القانون الذي اختاره الأطراف وبين قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك من أجل الوصول إلى معرفة أيهما يكفل حماية أكبر للمستهلك"[٢].

"ويترتب على ما تقدم أمران: الأمر الأول: أن هناك عدالة تنازعية تنجم عن إعمال مقتضى قواعد التنازع وأن هذه العدالة لا تقف عند باب العدالة المادية بل تتضافر معها بغية الوصول إلى حل موضوعي عادل للمسألة القانونية محل النزاع. الأمر الثاني: أن إعمال مقتضى قواعد التنازع قد يؤدي دوراً ذا شأن في حماية الطرف الضعيف في العقد الدولي وفي المقابل قد يكون سبباً مباشراً في اختلال توازن هذا الأخير"[٣].

ثالثاً: تقدير قانون الإرادة بالنسبة للمستهلك الالكتروني

من العرض السابق لما جرت عليه القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وتطبيقات القضاء بقصد حماية المستهلك نجد أن هناك نهجاً عاماً يمكن الوقوف عليه، يتمثل في الإبقاء على دور الإرادة في تعيين القانون واجب التطبيق على العقد، إلا أن هذه الإرادة تكون غير مطلقة بل مقيدة بعدم تعارض القانون المختار مع القواعد الآمرة للقانون المختص وفقاً للضوابط الموضوعية، مما يعني ضمان الحد الأدنى من الحماية للمستهلك.

ويمكن القول أن هذا النهج يدخل ضمن تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحماية المستهلكThe most favorable law . ومن ثم، فإننا نكون أمام قاعدة إسناد ذات غاية

---

(١) الاستاذ Foyer Jacques والاستاذة Gaudemet Tallon مشار اليهما عند: د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٥٨.

(٢) د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٥٩.

(٣) المرجع السابق، ص٢٤١.

مادية، بحيث يمكن للقاضي عند تطبيقها التخير بين تطبيق القانون المختار وبين قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك أيهما أكثر حمايةً له وجب تطبيقه.

وعليه، فإن ما قد يوجه لهذا الحل من نقد، مثل كونه يخل بالأمان القانوني للعلاقات العقدية وتوقعات الأطراف بالنسبة للقانون واجب التطبيق على عقدهم، على اعتبار أن معرفة القانون الأصلح للعاقد الضعيف لن يكون ميسوراً عند التعاقد[١]، وأن إعمال مقتضى القانون المختار من جانب الأطراف مؤداه إخلالاً بالأمان القانوني للمستهلك حيث إن الطرف القوي هو في العادة من يملي هذا الشرط. فإنه يمكن تجاهل هذا النقد لما يحققه هذا الحل من هدف أسمى وهو إحاطة المستهلك بأكبر قدر من الحماية[٢]، ثم إن القواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك هي متوقعة بالنسبة له فهو يعيش في ظلها.

ولا يختلف الحال في مجال عقود الاستهلاك الالكترونية، حيث إن هذا الحل يعطي للمستهلك الالكتروني حماية كاملة في تعاقداته مع المهني، فهو في حال تم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف- سواءً انفرد به المهني أم لا- فإن القاضي سوف يفحص مضمون هذا القانون ليستبعده أو يطبقه بحسب تعارضه مع القواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك والتي تمثل الحد الأدنى من الحماية له.

فإعطاء الإرادة هذا الدور، وفق التحديد السابق، من شأنه منح الثقة في معاملات التجارة الالكترونية والتي يغلب عليها الطابع الاستهلاكي، حيث تزيد معدلات المستهلكين المتعاملين بالشبكة وازدهار هذه التجارة وتطورها، ويزيل الخوف أو اللبس لدى المستهلك من بسط هذه الحماية عليه، لكونه سيتمتع في ظل هذا النهج بأكبر قدر من الحماية، إما وفقاً للقانون المختار أو وفقاً للقانون الموضوعي الذي يحكم العقد أصلا، أيهما أكثر حماية[٣].

---

(١) انظر:
Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law**, op.cit, p.149.

(٢) انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.210, "*Furthermore, it is also possible that the parties' chosen law provides the higher standard of protection for consumers. It is hard to claim that full application of the law of consumers would be truly compatible with the high level of protection for consumers, when such a rule deprives consumers of the protection they may otherwise get under the chosen law*".

(٣) انظر:
Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law**: op. cit., p.103.

ومعنى هذا أنه يتطلب في إعمال قانون الإرادة في نطاق عقود المستهلكين الالكترونية عدم إخلال هذا القانون المختار بالقواعد الآمرة في قانون المستهلك أو محل إقامته المعتادة، فلو تعاقد الكترونياً مُصَدِرٌ في ألمانيا على توريد محل العقد إلى بريطانيا، وتم نقل هذا المنتج إلى المستهلك في بريطانيا، وكان العقد يتضمن القانون المختار وهو القانون الألماني، فليس للمورد أن يمنع تطبيق القواعد الإلزامية في موطن المستهلك في بريطانيا، طالما كانت تلك القواعد تمثل الحد الأدنى من الحماية للمستهلك.

هذا في حال وجود اختيار من الأطراف للقانون واجب التطبيق صراحة أو ضمناً، أما في حال عدم وجود هذا الاختيار فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو ما مدى قدرة قواعد الإسناد الجامدة ومدى فاعليتها في حماية المستهلك؟ وهو ما سوف نركز على بحثه في المبحث التالي.

المبحث الثاني
مدى ملاءمة قواعد الإسناد التقليدية في حماية المستهلك الالكتروني

تقسيم:

في حال لم يبادر الأطراف إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن من الصعوبة بمكان على القاضي أن يكشف عن مكنون إرادة الأطراف التي لم يُعَبروا عنها صراحة أو ضمناً من أجل الوصول إلى هذا القانون، ولذلك فإن التشريع والقضاء والفقه قد استقرت على معايير أو ضوابط معينة يتم تحديدها بطريقة مسبقة من خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وتقوم هذه المعايير على الرابطة الوثيقة بين العقد والقانون الواجب التطبيق، وهي ما تسمى قواعد الإسناد الجامدة.

على أن هناك من التشريعات الوطنية لبعض الدول، وكذلك الاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء- كما سنرى في هذا المبحث- التي سنت قواعد مرنة يجري تركيز العقد بموجبها في حال عدم وجود خيار للأطراف بجانب القواعد الجامدة السابق الإشارة إليها، مثل ضابط الأداء المميز في العقد.

وعليه، فإن هذا المبحث سيركز على دراسة مدى صلاحية هذه الضوابط في حكم منازعات عقود المستهلك الالكترونية؟ وما هي المعوقات التي تعترض تطبيقها؟.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: قواعد الإسناد الجامدة وحماية المستهلك الالكتروني.

المطلب الثاني: ضابط الأداء المميز وحماية المستهلك.

المطلب الأول
قواعد الإسناد الجامدة وحماية المستهلك الالكتروني

تتفق أغلب تشريعات دول العالم والاتفاقيات الدولية في تحديد ضابطين إحتياطيين يصار إليهما على طريق التعاقب في حال لم يقم أطراف العقد بتحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً، هما الموطن المشترك ومحل إبرام العقد، ونجد هذا الحال في المادة ١٩ من القانون المدني المصري والمادة ٢٩ من القانون المدني اليمني حيث تنص على أنه " يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلف موطن كلٍ منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد..." [(١)].

ثم يضيف الواقع العملي ومن خلال تطبيقات القضاء ضابطاً آخر لا يقل أهمية عن سابقيه وهو ضابط محل تنفيذ العقد، غير أن هذا التحديد المسبق للقانون واجب التطبيق يتم بطريقة جامدة يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية، وظروف التعاقد وهو ما يخرج عن فكرة ربط العقد بالقانون الأوثق صلة[(٢)].

وسوف ندرس هذه الضوابط تباعا على النحو التالي:

أولاً: ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين

أعطى المشرع ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين أسبقية على غيره من الضوابط الاحتياطية عند عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من جانب الأطراف للقانون واجب التطبيق، حيث لا يصار إلى غيره إلا في حال عدم تحققه.

غير أن هذا الضابط يفترض اتحاد موطن طرفي العقد وهنا تكمن المشكلة، فإذا كان يمكن أن يعول على هذا الضابط في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، إلا أنه يصعب إعماله في مجال العقود الدولية، " فالغالب في عقود التجارة الدولية أن يختلف المتعاقدان في الموطن"[(٣)]، وذلك بالرجوع إلى تحديد الصفة الدولية للعقد حيث تفترض هذه الصفة وفقاً للمعيار القانوني أن يكون هناك اختلاف في موطن المتعاقدين ومن نتيجته أن يكون هناك تبادل للثروات عبر الحدود.

---

(١) وهو ما أخذت به المادة ٢٥ من القانون المدني الايطالي، والمادة ٥/١٠ من القانون الأسباني.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٣٧.

(٣) د. هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٧٨٦.

ونتيجة لذلك، فإن إعمال هذا الضابط أصبح غير ملائم في العقود الدولية بصفة عامة[١]، أما العقود التي يكون أحد طرفيها ضعيفاً كالمستهلك، فإنه قد يصعب تصور إعماله، حيث إن المستهلك يدخل شبكة الانترنت ويتعاقد مع المورد، والطرفان في كثير من الأحوال لا يعلمان بموطن بعضهما البعض نتيجة لصعوبة التركيز المكاني لعناصر عقود التجارة الالكترونية.

ولذلك فإن القاضي عندما يعرض عليه النزاع فإنه يتعدى ضابط الموطن المشترك، حيث يصعب تصور اتحاد الموطن في العقود الدولية، ويبحث عن ضابط احتياطي آخر يكون أكثر ملاءمة، وهو قانون محل الإبرام.

ثانياً: ضابط محل إبرام العقد

يعتبر هذا الضابط من أكثر الضوابط استخداماً في العقود الدولية، وترجع أهمية ضابط محل إبرام العقد لكونه يعبر عن مكان ميلاد العقد[٢]، فهو المرجع في التأكد من سلامة الشروط القانونية المدرجة فيه[٣]، وهو المعول عليه خصوصاً في حال تدعيمه بعوامل أخرى مثل موطن أحد الأطراف أو محل تنفيذ العقد، حتى أن البعض يعتبر أساس تطبيق قانون محل إبرام العقد هو الإرادة المفترضة، باعتبار أن هذا ما كان يمكن أن يقصده المتعاقدان لو فكرا في القانون واجب التطبيق، ويعد ذلك تطبيقاً للمعيار الموضوعي وهو معيار الرجل المعتاد[٤].

وقد أخذ بهذا الضابط المشرع المصري وفق المادة ١/١٩ السابق الإشارة إليها، كما أخذت بهذا الضابط العديد من التشريعات العربية كما هو الشأن في القانون المدني اليمني وفق المادة ٢٩ منه، والمادة ١/١٩ من القانون المدني الإماراتي وهو كذلك في القانون المدني البرتغالي

---

(١) د. فؤاد محمد محمد العديني: تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٧٧.

(٢) لتحديد زمان ومكان إبرام العقد في مجال القانون الدولي الخاص أهمية كبيرة، فهو المعول عليه في تحديد القانون الذي يخضع له شكل العقد وفق المادة ٢٩ من القانون المدني اليمني، كما يترتب عليه تحديد مركز الأموال المادية م١٨ مدني مصري، وهو أحد ضوابط الإسناد في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي في حال عدم وجود خياراً من جانب الأطراف وفق المادة ٢٩ مدني يمني، كما يعد أحد شروط الاستثنا المنصوص عليها في المادة ١/١١ من القانون المدني المصري، والتي تستلزم أن يكون التصرف معقوداً في مصر، وأخيراً فإن تحديد مكان انعقاد العقد يترتب عليه تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع المتعلق بهذا العقد. للمزيد انظر: د. صلاح على حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٣٩٨.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٤٠.

(٤) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م، ص٣٩.

للعام ١٩٦٦م المادة ٢/٤٢، والمادة ٢٥ من القانون المدني الايطالي، وهو في المادة ٥/١٠ من القانون المدني الأسباني لعام ١٩٧٤م[١]، وهو ما أكدت عليه أحكام القضاء.

ولتحديد مكان انعقاد العقد بين غائبين- في ظل التعاقد التقليدي- أخذت معظم التشريعات العالمية بفكرة الوحدة أو التلازم بين مكان انعقاد العقد وزمان هذا الانعقاد[٢]، كما هو واضح من نص المادة ٩٧ من القانون المدني المصري والمادة ١٥٧ من القانون المدني اليمني حيث يجري نصها على أنه " يعتبر التعاقد فيما بين غائبين قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق سابق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك"[٣]. ثم تردف المادة ١٥٨ " ويعتبر أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول مالم يثبت غير ذلك"[٤].

تحديد مكان إبرام العقد في عقود الاستهلاك الالكترونية

يذهب جانب من الفقه جدير بالتأييد إلى أنه من الصعوبة بمكان إعمال فكرة وحدة أو التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد في مجال التجارة الالكترونية[٥]، وذلك نظراً لما تتمتع به تلك العقود من خصوصية كونه يتم إبرامها عبر شبكة الانترنت التي تمثل مجتمعاً خاصاً لا يعبأ بالحدود الزمانية والمكانية التي يقوم عليها المجتمع المادي.

فإعمال نظرية التلازم من شانه أن يوصل إلى نتائج غير مقبولة، كأن يخرج النزاع من دائرة حكم القواعد الوطنية إلى خضوعه لقواعد القانون الدولي الخاص بالرغم من وطنية تلك العلاقة. مثال ذلك، تعاقد شخص يمني يقيم في اليمن مع شركة يمنية مقرها الرأيس يقع في صنعاء عبر شبكة الانترنت، وقد أرسل المشتري قبوله عبر البريد

---

(١) يجري نص هذه المادة باللغة الإنجليزية على النحو التالي:

Art 10/5: "*The law to which the parties have expressly submitted shall apply to contractual obligations, provided that it has some connection with the transaction in question; in the absence thereof, the national law common to the parties shall apply; in the absence thereof, that of their common habitual residence and, lastly, the law of the place where the contract has been entered into*."

(٢) د. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، مرجع سابق، ص٩١.

(٣) حيث جعل المشرع التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، نقض مدني مصري ١٩٨٤/٢٢/٢٦م، طعن رقم ١٦٤٩، س٥١ق، مجموعة المكتب الفني الصادر عن محكمة النقض، س٣٥ ج٢، ص١٩٢٠.

(٤) انقسم الفقه في تحديد زمان ومكان إبرام العقد في اطار القواعد العامة بين أربع نظريات، نحيل في بيانها إلى ما سيأتي شرحه، ص٢٣٢.

(٥) د. صلاح على حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٤١٤.

الالكتروني، وعلم الموجب بهذا القبول عند فتحه لبريده الالكتروني وهو في الإمارات العربية، فإن من شأن إعمال نص المادة ١٥٧ مدني يمني، أن يجعل مكان إبرام العقد هو دولة الإمارات حيث تم علمه أو وصل القبول وهو بها أثناء سفره، وهو ما يدخل عنصراً أجنبياً على العلاقة القانونية ليؤدي إلى تدويلها.

ولذلك فإن تحديد مكان وزمان انعقاد العقد سوف يرجع فيه إلى التشريعات التي عالجت موضوعات التجارة الالكترونية، والتي لم تأخذ بفكرة التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني. حيث تأخذ التشريعات المنظمة لقواعد التجارة الالكترونية بفكرة الازدواج التي تقوم على الفصل بين زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده، بحيث يعد العقد قد انعقد في لحظة معينة بينما يكون مكان انعقاده مكاناً آخر لا يرتبط بمكان الانعقاد الزمني الذي انعقد فيه زمانياً[1].

فنجد أن المادة ٤/١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م، تنص على أن " تنطبق الفقرة ٢ من هذه المادة بصرف النظر عن احتمال أن يكون المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الداعم لعنوان إلكتروني مغاير للمكان الذي يعتبر الخطاب الالكتروني قد تلقى فيه بمقتضى الفقرة ٣ من هذه المادة"[2].

وقد سبق أن أوضحت الفقرة الثانية من المادة ١٠ أن " وقت تلقي الخطاب الالكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه ذلك الخطاب قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه على عنوان إلكتروني يعينه المرسل إليه. ووقت تلقي الخطاب الالكتروني على عنوان إلكتروني آخر للمرسل إليه هو الوقت الذي يصبح فيه الخطاب الالكتروني قابلا للاستخراج من جانب المرسل إليه على ذلك العنوان ويصبح الخطاب الالكتروني قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه عندما يصل ذلك الخطاب إلى العنوان الالكتروني للمرسل إليه".

---

(١) د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، مرجع سابق، ص٩١.

(٢) وقد سار على نفس النهج العديد من تشريعات دول العالم ففي العالم العربي نجد، الفصل ٢٨ من قانون المعاملات الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م، وقانون المعاملات الالكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠١م، في المادة ٢/١٧، وقانون المعاملات الالكترونية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦، ، في المادة ١٥ ثانياً، وقانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١، في المادة ١٧ و١٨، والمادة ١٥ من قانون المعاملات الالكترونية البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م، والمواد ١٨ و١٩ من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦م، وقانون المعاملات الالكترونية العماني رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٨م في المادة ١٧، والمادة ١٥ و١٦ من قانون المعاملات الالكترونية القطري رقم ١٦ لسنة ٢٠١٠م. وفي القوانين الأجنبية نجد ذلك في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في المادة ٤/١٥، والمادة ١٥/د من القانون الموحد بشأن التجارة الالكترونية الأمريكي١٩٩٩م، وهو في القانون الكندي ١٩٩٩م المادة ٣/٢٣، والايرلندي ٢٠٠٠/٢٧ المادة ٥/٢١، والقانون النيوزلاندي ٢٠٠٢م، في المادة ٢، والقانون السنغافوري في المادة ١٥ من القسم الرابع، وقانون سانت لويز ٢٠٠٧ في الجزء الثاني من المواد ٧ الى ١٠.

ثم أعقبت هذه الفقرة، الفقرة الثالثة من المادة ١٠ لتوضح أنه " يعتبر الخطاب الالكتروني قد أرسل من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر قد تلقي في العنوان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه، حسبما تقرره المادة ٦"[1].

" يتضح من ذلك أن تشريعات التجارة الالكترونية حرصت على وضع معيار يتحدد من خلاله مكان انعقاد العقد الالكتروني يتمثل هذا المعيار في مقر العمل، فيكون مقر عمل المنشئ لرسالة البيانات هو المكان الذي أرسلت منه الرسالة، ويكون مقر عمل المرسل إليه هو المكان الذي تم إستلام الرسالة فيه"[2].

صعوبة إعمال ضابط محل إبرام العقد في مجال عقود الاستهلاك الالكترونية

بالرغم من منطقية هذا الضابط، في إسناد الرابطة العقدية إليه عند عدم وجود لقانون الإرادة، إلا أنه قد تعرض للنقد في مجال العقود الدولية بصفة عامة فضلاً عن عدم ملاءمته لحكم عقود المستهلكين الالكترونية، ففي العقود الدولية، لا يعبر هذا الضابط بصدق عن حقيقة مصالح الأطراف المرتبطين بهذا العقد، كما لا يمكن اعتبار قانون محل إبرام العقد أنه القانون الأوثق صلة بالعقد وذلك في أغلب الأحوال، حيث يكون محل إبرام العقد مجرد صدفة، ومن ثم ليس صحيحاً أن قانون محل الإبرام يحكم سلامة الشروط القانونية المدرجة في العقد[3].

كما أن هناك معضلة أخرى تتمثل في أن تحديد مكان إبرام العقد يختلف باختلاف الأنظمة القانونية. وبالتالي، فإن الأخذ به سوف يؤدي إلى تباين التطبيقات القضائية، ومن ثم الإخلال بالأمن القانوني لأطراف التعاقد.

---

(١) وقد جرى نص المادة السادسة من الاتفاقية على النحو التالي" المادة ٦ مكان الاطراف، ١. لأغراض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، مالم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه. ٢. إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له اكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل، لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه. ٣. إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمقر إقامته المعتادة. ٤. لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه (أ) توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد، أو (ب) يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني. ٥. إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذي صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد".

(٢) د. صلاح على حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٤١٩.

(٣) د. عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص٤٨، د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٤٢.

أما في عقود المستهلكين فإن الفقه يجزم قطعاً بعدم ملاءمة ضابط محل إبرام العقد لحكم عقود المستهلكين[١]، حيث إن ضابط محل إبرام العقد يفتقر من الناحية العملية للفاعلية في حماية المستهلك والذي يمثل الطرف الضعيف في العقد، إذ إنه من السهل على المهني أن يتحكم في تحديد محل إبرام العقد على نحوٍ يصب هذا التحديد في مصلحته[٢].

ويعبر عن ذلك بوضوح، التعاقد الذي يتم بين غائبين حيث تسعى المشروعات إلى مطالبة المستهلك بإرسال ما يفيد قبوله للإيجاب دون جذب انتباهه إلى القصد من وراء ذلك[٣]، حيث يسعى المهني صاحب المشروع إلى تطبيق قانون يخدم مصالحه وتكون مزاياه وضماناته محدودة بالنسبة للمستهلك، وهو ما يغفل عنه المستهلك عند التعاقد حيث ينصب اهتمامه إلى إبرام الصفقة دون أن يراعي ما قد ينشأ عنها من منازعات قد تصل إلى القضاء.

ومما يزيد من خطورة إعمال ضابط محل إبرام العقد في عقود الاستهلاك الالكترونية والتي يصعب معها التركيز المكاني لعناصر العقد أن العقد قد يتم إبرامه من مستهلك وهو في أعالي البحار أو في دولة مر بها أثناء رحلته العابرة ولم يرتبط بها إلا عن طريق الصدفة، أي أن القبول المعول عليه في تحديد مكان إبرام العقد يتم في مكان معين،ويتم معالجته الكترونياً ضمن القواعد العالمية، ثم يتم تحويله إلى المتلقي، وهي أماكن مختلفة[٤].

وفي صورة أوضح، فإن مكان إبرام العقد في عقود التجارة الالكترونية لا يرتبط في أغلب أحواله بعلاقة موضوعية أو جوهرية بموضوع العقد، حيث يفترض مثل هذا العقد اتصاله بجميع الدول المرتبطة بشبكة الانترنت، بمعنى أن إعمال هذا الضابط في مجال عقود الانترنت عديم الفائدة[٥].

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٤، د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٣٧، د. عادل ابو هشيمة محمد حوته: عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٩٢، د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٠.

(٢) د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٣٧.

(٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٥.

(٤) انظر:

Sylyette Guillemard: **Le Droit International Prive Face AU Contrat De Vente Cyberspatial,** Thèse de doctorat, de l'Université Laval Québec 2003. op.cit, p.464.

(٥) د. سليمان احمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٠٠.

وبذلك يمكن التأكيد على أن ضوابط الإسناد الجامدة التي وردت في المادة ٢٩ من القانون المدني اليمني- ضابط الموطن المشترك، وضابط محل إبرام العقد- لم تعد ملائمة لحكم المعاملات التجارية الدولية الحديثة، خصوصاً في مجال التجارة الدولية، فضلاً عن عدم ملاءمتها في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود المستهلكين الالكترونية الذي يعتبر الطرف الأولى بالحماية في مثل هذه العقود.

ثالثاً: ضابط محل تنفيذ العقد

لما كانت مرحلة تنفيذ العقد من أهم مراحل العملية التعاقدية، فقد برز ضابط آخر يحدد بموجبه القانون واجب التطبيق على العقد وهو ضابط محل التنفيذ، حيث يرتبط هذا الضابط بموضوع العقد[١]، "فهناك دائماً روابط جوهرية بين العقد وحل تنفيذه"[٢]، وليس بمحل ميلاده كما هو الشأن بالنسبة لضابط محل الإبرام، ويحقق هذا الضابط مصلحة الأطراف لكونه يشير إلى تطبيق قانون المكان الذي يجب تنفيذ العقد فيه، كما أنه يحقق مصلحة الدولة حيث يشير إلى تطبيق قانونها على العقود التي يجري تنفيذها على إقليمها.

ولم يرد النص على هذا الضابط في المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري وكذلك في المادة ٢٩ من القانون المدني اليمني، إلا أننا نجد أن بعض التشريعات الوطنية قد تبنت هذا الضابط الاحتياطي، كما هو في القانون البيروئي وفق المادة ٢/٢٠٩٥، وكذلك في التقنين المدني الأمريكي الثاني المادة ٢/١٨٨، وهو الذي تبنته اتفاقية روما ١٩٨٠م الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وذلك في المادة السادسة والمتعلقة بعقود العمل.

وقد كان لهذا الضابط محل في القانون الدولي الخاص التركي القديم في المادة ٢/٢٤ والتي نصت على " إذا لم يوجد اختيار صريح من قبل الأطراف، فيسري على الالتزام التعاقدي قانون مكان التنفيذ، فقانون مكان الأداء المميز، وعند استحالة تحديد مكان التنفيذ، فقانون المكان الذي له أكثر الصلات وثوقاً بالعقد" إلا أن هذا الضابط لم يعد له محل في الإصدار الجديد من القانون الدولي الخاص التركي ٢٠٠٧م[٣].

وقد استخدم ضابط محل التنفيذ بصفة خاصة في مجال عقود العمل، لكونه الأوثق صلة بعقد العمل حيث يؤدي العامل العمل المنوط به في هذا الإقليم، وهو القانون الذي

---

(١) د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٣٨.

(٢) د. عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص٤٩.

(٣) للمزيد في التعليق على هذا النص، انظر:
Gülören Tekinalp: **The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law And International Civil Procedure**, op.cit, p.329.

وضع العامل تطبيقه نصب عينيه عند قيامه بالتعاقد، فهذا الضابط يعبر عن ضابط الأداء المميز الذي أقره القضاء السويسري والألماني[١].

ونظراً لتماثل عقود العمل مع عقود المستهلكين حيث يكون الطرفان بحاجة للحماية، فقد روعي أن يكون هذا الضابط ضابط إسناد خاص يحكم هذه العلاقة، بحيث يشترط ألا يحرم القانون المختار العامل أو المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في القانون المحدد وفق هذا الضابط[٢]، وهو الذي أخذت به اتفاقية روما كما سبق في المادة ٢/٦.

تقدير ضابط محل التنفيذ

بالرغم من معقولية إعمال ضابط محل تنفيذ العقد في عقد العمل، إلا أنه قد تعرض للنقد في مجال العقود بصفة عامة، إذ إن الملاحظ أن العقود الدولية تولد التزامات على عاتق طرفيها، كالتزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن، وهو ما يعني إمكان تعدد أماكن تنفيذ هذه الالتزامات في دول متعددة، مما يعني أن إعمال هذا الضابط سوف يؤدي إلى إخضاع العقد لأكثر من قانون، والراجح عدم انسجام تلك القوانين في حكم العلاقة الماثلة[٣].

كما أن عوار هذا الضابط يبرز في حال لم يقم المتعاقدان بتحديد محل تنفيذ الالتزام من البداية، ومن ذلك مثلاً عدم إشارتهم إلى مكان الوفاء بالثمن، فيتعذر الإسناد في هذا الفرض، إذ إن إعمال هذا الضابط سوف يتوقف لحين تحديد مكان التنفيذ من قبل الأطراف[٤]، كما أن هذا الأمر غير مجد في بعض الصور حيث يتصور أن يثور النزاع قبل البدء في التنفيذ.

وفيما يتعلق بعقود المستهلك، فإن الواقع العملي يشير إلى عدم ملاءمة ضابط محل التنفيذ لحماية المستهلك، وذلك بحكم أن إعمال هذا الضابط قد يؤدي إلى الإشارة لقانون لا يكفل للمستهلك أي شكل من أشكال الحماية المطلوبة، خصوصاً أنه بإمكان المهني أن يشترط تنفيذ العقد في بلد يكفل مصالحه بغض النظر عن حماية المستهلك، حيث قد يكون هذا القانون أقل حماية للمستهلك[٥].

---

(١) سوف يأتي بيان ذلك لاحقاً، ص٩٨.

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٨.

(٣) د. عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولي، مرجع سابق، ص٧٣، د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٠، د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٠٢.

(٤) د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قواعد التنازع، مرجع سابق، ص٤٨.

(٥) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥١، د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤١.

وفي مجال عقود التجارة الالكترونية خصوصاً عقود الاستهلاك، نجد أن هذا الضابط لا يمكن الاستناد إليه في حماية المستهلك الالكتروني، فعقود التجارة الالكترونية لها طبيعة خاصة، فهي عقود تتم بين غائبين يختلفان موطناً، كما أن بعض العقود يتم تنفيذ جزء منها عبر الشبكة والآخر خارجها[١]. ومن ثم، تتجزأ الالتزامات بين الطرفين، كما أنها تستعصي على التركيز المكاني في أغلب الأحوال[٢]، مما يعني أن تحديد مكان التنفيذ غير ممكن مقدماً، وإن كان البعض يشير إلى مكان التسليم على أنه مكان التنفيذ استناداً إلى التوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤ م٥[٣]، إلا أن تحديد مكان التنفيذ في مجال الخدمات يكون من الصعب تحديده.

وبذلك، فإن إعمال ضابط محل التنفيذ من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية يكون غير ذي جدوى في بسط الحماية اللازمة للمستهلك الالكتروني. من هنا نادى البعض إلى ضرورة اللجوء إلى ضوابط إسناد مرنة يكون بمقدورها مراعاة طبيعة العقود ذات الطرف الضعيف كالمستهلك.

الخلاصة

إن قواعد الإسناد الجامدة التي وردت في المادة ٢٩ من القانون المدني اليمني والمادة ١/١٩ من القانون المدني المصري، والتي تتمثل في ضابط الموطن المشترك وضابط محل إبرام العقد، وكذلك ضابط محل التنفيذ والذي أقرته بعض التشريعات، كضوابط إسناد احتياطية، لا تصلح لحماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك الالكترونية، حيث إن هذه العقود لها طبيعة خاصة كما سبق بيانه، فهذه الضوابط تقوم على أسس مكانية جامدة محددة مسبقاً دون مراعاة لطبيعة كل عقد.

ومن ثم، فإن من شأن إعمال هذه الضوابط الجامدة- بدل أن تحقق حماية لتوقعات الأطراف المشروعة وحماية للطرف الضعيف، الذي هو المستهلك في عقود الاستهلاك محل

---

(١) انظر في ذلك:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.235.

(٢) انظر:
Sylyette Guillemard: **Le Droit International Privé Face AU Contrat De Vente Cyberspatial**, op. cit, p.468.

(٣) وقد جرى نص المادة على النحو التالي:
Article 5 /b- *"in the case of the sale of goods, the place in a Member State where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered*"

البحث-، أن يفضي إلى مساوئ حيث يؤدي إلى تجزئة العقد، بالإضافة إلى أن إبرام العقود عبر شبكة الانترنت يجعلها متصلة بكل دولة من الدول المرتبطة بالشبكة، حيث يمكن للمستخدم من أي مكان في العالم أن يتصل أو يرتبط بقاعدة البيانات من أي مكان في العالم[1].

كما أن إعمال هذه القواعد سوف يؤدي إلى عدم الأمان القانوني لكونها قد تشير إلى قانون غير متوقع للأطراف، وفي أحوال أخرى تشير إلى قانون لا يحقق حماية للمستهلك، حيث إن هذه الضوابط قد تشير إلى قانون لا يرتبط بعلاقة موضوعية بموضوع العقد مما يجعله غريباً عن هذا العقد. وأخيراً، فإن إعمال مثل هذه الضوابط يعلي من إرادة المهني صاحب المشروع، حيث يسمح له بأن يفرض شروطه على المستهلك ويجعل من إعمال هذه الضوابط ما يصب في مصلحته.

المطلب الثاني
ضابط الأداء المميز وحماية المستهلك الالكتروني

لما كانت ضوابط الإسناد الجامدة- ضابط الموطن المشترك، وضابط محل إبرام العقد، وضابط محل التنفيذ- لا تصلح لحكم كل أنواع العقود الدولية، وخصوصا عقود المستهلكين، فقد تبنى الفقه ضوابط موضوعية لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، فكان أبرز هذه الضوابط ضابط الأداء المميز، الذي يقوم على تفريد العقود بحسب مركز الثقل فيها، ولما كان مركز الثقل في عقود البيع بصفة عامة هو التزام البائع، فما مدى إمكانية توفير حماية للمستهلك من خلال هذا الضابط؟.

بدايةً نعرض لمفهوم هذا الضابط، وموقف التشريعات والقضاء منه، وصولاً إلى بيان دوره في بسط الحماية اللازمة للمستهلك.

---

(١) انظر:

Sylyette Guillemard**: Le Droit International Privé Face AU Contrat De Vente Cyberspatial**, op. cit, p.469.

أولاً: مفهوم الأداء المميز The Characteristic Performance [(1)]:

تنهض فكرة ضابط الأداء المميز على أساس التفرقة في معاملات العقود، وأن هناك التزاماً رئيساً في كل عقد، وهناك التزام تابع أو ثانوي، وأن تحديد القانون واجب التطبيق على العقد يكون بحسب أهمية الالتزام الأساسي في العقد[(٢)]، فعندما تتعدد التزامات العقد الواحد فإن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن مضمونه أكثر من غيره، بمعنى أن صاحب الدور الاقتصادي الفعال والظاهر في العقد- يبيع، ينقل، يعطي- هو المعول عليه في بيان الأداء المميز ومن ثم القانون واجب التطبيق[(٣)].

ويعبر البعض عن الأداء المميز أنه" الأداء الذي هو السمة المميزة للعقد، وهو ببساطة الأداء الذي يستحق دفع مقابل له، مثل توصيل السلع والخدمات... فبالنسبة للعقود التي تتعامل مع الملكية الثابتة فمن المفترض أن العقد يرتبط بصورة وثيقة بالدولة الواقعة فيها هذه الملكية- كالعقار- وأما عقود نقل السلع، فإن العقد يرتبط بصورة وثيقة بالمكان الأساسي لعمل الشركة طالما أن الدولة هي مكان التحميل والتفريغ"[(٤)].

---

(١) في مفهوم الأداء المميز انظر في الفقه الأجنبي:

Hans Ulrichn Jessurun & D'Oliveira: **"Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention**, The American Journal of Comparative Law, Vol. 25, No. 2 (Spring, 1977), p.304.

Richardson, Nicky: **The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine**, Bond Law Review1989: Vol. 1: Iss2 Article 9, p.283.

وفي الفقه العربي انظر: أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٨٦، د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص١٩٩، د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٤، د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٢.

(٢) انظر:

Hans Ulrichn Jessurun & D'Oliveira: **"Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention,** op. cit, p.309.

(٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٣.

(٤) انظر:

Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.94, *The "performance, which is characteristic of the contract" is normally the performance for which payment is due, the delivery of goods or provision of a service for example... For contracts dealing with immoveable property it is presumed that the contract is most closely connected to the country where the property is situated" . In relation to contracts for the carriage of goods it is presumed that the contract is most closely connected with the principal place of business of the carrier as long as that country is the place of loading".*

بمعنى أن هذا الأداء لا يمكن مطلقاً أن يكون هو الأداء المتمثل في دفع الثمن، حيث تشترك كل العقود فيه، وإنما هو الالتزام المقابل كالتزام البائع في عقود البيع، والتزام الناقل في عقود النقل والتزام المؤجر في عقد الإيجار(١).

وعليه، فإن الأداء المميز يقوم على اعتبارين أساسيين: الأول: أن الأداء المميز، من حيث المبدأ، يعد عاملاً ذا صلة بتطبيق الغرض من أجل تحديد القانون الذي يحكم العقد. والثاني: يتم تحديد عامل الأداء المميز وقت توقيع العقد، ويشير الأداء المميز للعقد إلى الأداء الذي يشكل جوهر العقد(٢). ومن ثم، فلا اعتداد بجنسية الأطراف المتعاقدة ولا مكان توقيع العقد، لكونها ليست من العناصر الجوهرية في الالتزام المميز للعقد.

بهذا التحليل فإن هذا الضابط يتميز ببساطته ومرونته وملاءمته لطوائف العقود المختلفة، وتبدو سهولته في أنه يحترم توقعات الأطراف حيث يخضع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد والذي كان متوقعاً لدى الأطراف منذ لحظة إبرام العقد بل ويستطيع الأطراف أن تحدد من البداية الأداء المميز في هذا العقد، كما أنه يمنع تجزئة العقد حيث إن هناك التزاماً واحداً هو الفعّال في هذا العقد، وأما من حيث مرونته وملاءمته فهو يعد ضابطاً مرناً يسمح بإيجاد القانون الذي يلائم كل نوع من أنواع العقود بحسب طبيعة كل عقد(٣).

وتمتاز فكرة الأداء المميز عن غيرها من المعايير الأخرى في تحديد قانون العقد في أنها تقوم على " ضرورة تحليل العناصر المتصلة بكل عقد على حدة لمعرفة الإقليم الذي يتحقق فيه الأداء المميز حسب طبيعة كل عقد ونوعه، وتلك مسألة تكييف تحتاج لمجهود ذهني ولا يتم التوصل إليها إلا بواسطة القاضي الذي ينظر النزاع، فالقانون الواجب

---

(١) انظر:

Richardson, Nicky: **The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine**, op. cit, p.285.

(٢) انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law**: op. cit., p.111. *"As regards the concept of "characteristic performance", there are two main considerations in Article 4(2) of the Rome Convention: first, characteristic performance is, in principle, the relevant factor in applying the presumption for determining the applicable law; second, the factor of characteristic performance is determined "at the time of conclusion of the contract". Characteristic performance of the contract refers to the performance that constitutes the essence of the contract".*

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٥٤.

التطبيق لا يتم الاهتداء إليه إلا بمعرفة قاضي الموضوع، وهو ما يعني عدم علم الأطراف بمضمون هذا القانون قبل هذه اللحظة"(١).

ويفرض إعمال ضابط الأداء المميز في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، أن يكون هذا القانون هو قانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز والذي غالباً ما يكون هو قانون موطن أو محل إقامة البائع في عقد البيع(٢).

ثانياً: التطبيقات التشريعية والقضائية لضابط الأداء المميز

إذا كان ضابط الأداء المميز هو وليد القضاء فقد تبنته التشريعات الوطنية المختلفة والاتفاقيات الدولية. وعليه، فإن الباحث سوف يبدأ بدراسة التطبيقات التشريعية ثم نعقبها بالتطبيقات القضائية:

١. موقف التشريعات الدولية الاتفاقية والوطنية من فكرة الأداء المميز:

موقف التشريعات الدولية الاتفاقية:

أقر ضابط الأداء المميز في العديد من الاتفاقيات الدولية، وأبرز هذه الاتفاقات هي اتفاقية لاهاي ١٩٥٥م الخاصة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية(٣)، حيث قررت المادة الثالثة منها على "خضوع عقد البيع لقانون محل الإقامة المعتادة للبائع بصفته الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد"(٤).

وفي اتفاقية روما ١٩٨٠م المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث أقرت ضابط الأداء المميز في المادة ٢/٤(٥) التي نصت على أنه " في حال عدم وجود

---

(١) للمزيد انظر أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٨٨.

(٢) وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤ من اتفاقية روما ١٩٨٠م.

(٣) تم التوقيع على هذه الاتفاقية في ١٥ يونيو ١٩٥٥م متاحة على الرابط التالي:
http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31.

(٤) ويجري نص المادة على النحو التالي:
Art. 4,"*A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa residence habituelle au moment oùilreçoit la commande.*"

(٥) يجري نص هذه المادة على النحو التالي:
Art. 4/2. "*Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has,*
"

اختيار من قبل الأطراف، يكون العقد محكوماً بقانون البلد الذي يرتبط به العقد بروابط أكثر وثوقاً، في الفقرة الأولى، ثم تأتي الفقرة الثانية لتعطي قرينة على هذه الروابط مفادها أن العقد يكون أكثر ارتباطاً بقانون البلد الذي يوجد به وقت العقد محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز، فإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فيكون قانون مركز إدارته، أما في حال كان العقد متعلقاً بأنشطة مهنية فإن بلد المقر الرئيس هو مكان المدين بالأداء المميز..."

وقد تم التأكيد على ذلك في لائحة روما ١ ٢٠٠٨م[١]، وذلك في المادة ٤/١/أ، التي تنص على "أن القانون الذي يحكم العقد في حال لم يتم اختيار من جانب الأطراف وفق المادة الثالثة فإن القانون الذي يحكم العقد هو:

١. يحكم عقد بيع السلع قانون الدولة التي فيها مقر الإقامة المعتادة لهذا البائع.

٢. في عقود توريد الخدمات يحكم العقد قانون الدولة التي فيها مقر الإقامة المعتادة لمقدم الخدمة"[٢].

موقف التشريعات الوطنية:

لقد ألقت الاتفاقيات الدولية بظلالها على التشريعات الوطنية في تبني مضمون الأداء المميز، فنجد أن هناك الكثير من التشريعات العالمية قد أخذت به لتنأى بنفسها عن اللجوء إلى ضوابط الإسناد الجامدة، وذلك فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية.

»

at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated".

(١) وهي لائحة معدلة لاتفاقية روما ١٩٨٠م، انظر:

Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), published in Official Journal of the European Union, 4.7.2008, p L 177/6.

(٢) وقد ورد نصها على النحو التالي:

Art 6/1/a:*" Applicable law in the absence of choice….(a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence; (b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence"*

ففي القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م نصت المادة ١/١١٧ على أن " يحكم العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بأوثق الروابط"، ثم تأتي الفقرة الثانية من ذات المادة لتعطي توضيحاً لمعرفة أكثر القوانين اتصالاً بالعقد ونصت على أنه "... وتعد هذه الروابط موجودة في الدولة التي توجد فيها الإقامة العادية للطرف الذي يجب عليه تقديم الأداء المميز، أو التي يوجد بها مقره إذا كان العقد قد ابرم في إطار ممارسة النشاط المهني لهذا الشخص"[(١)]، ثم تردف الفقرة الأخيرة من هذه المادة كي تعطي أمثلة للأداء المميز في بعض العقود كأداء ناقل الملكية في عقود نقل الملكية، ومؤدي الخدمة في عقود الخدمات، وأداء المؤتمن في عقود الوديعة، والكفيل في عقود الكفالة...الخ.

كما أخذ بذلك القانون الدولي الخاص التركي الصادر في ٢٠٠٧م في المادة ٤/٢٤ حيث تنص على أنه" عند عدم وجود اختيار لقانون العقد فإن العقد يكون محكوماً بالقانون الذي يرتبط بالنزاع بأوثق الروابط ويكون هذا القانون هو قانون محل الإقامة المعتادة للملتزم بالأداء المميز، أو قانون مقر عمل الملتزم بالأداء المميز..."[(٢)].

---

(١) وهنا نورد النص الأصلي للمادة ١١٧ من القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م والذي اقتدت به اغلب التشريعات الأخرى

Art. 117- b. "Absence of a choice of law

1.In the absence of a choice of law, the contract shall be governed by the law of the State with which it is most closely connected.

2. It is presumed that the closest connection exists with the State in which the party who must perform the characteristic obligation is habitually resident or, if the contract was concluded in the exercise of a professional or commercial activity, where such party has his place of business."

(٢) ويجري هذا النص على النحو التالي:

Art. 24,(4) *"Where the parties have not made a choice of law, the law most closely connected with the contract shall be applicable to the relationship arising from that contract. This law shall be presumed as the law of the place of habitual residence of the characteristic performance obligor, the law of the place of business of the characteristic performance obligor in contracts Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure entered into due to commercial or occupational activities and where there is no such place of business, the law of her/his domicile, and where the characteristic performance obligor has more than one place of business, the law of the place of business most closely connected with the relevant contract. However, where there exists a law more closely connected with the contract under all existing circumstances, the contract shall be governed by this law*".

أما المشرع الأمريكي فنجد أنه قد أخذ بهذا الضابط في المادة ١٨٨ من التقنين الأمريكي الثاني حيث نص على أنه" يتم تحديد حقوق والتزامات الأطراف بالنسبة لقضية معينة في العقد بواسطة القانون المحلي للدولة التي لها علاقة وثيقة مع التعامل ولها علاقة بأطراف العقد وذلك بموجب المبادئ المقررة خلال المادة ٦"[1]، وهذه المبادئ هي مكان التعاقد ومكان التفاوض على العقد ومكان تنفيذ العقد ومكان موضوع العقد أو محل العقد، ومحل الإقامة، والجنسية، ومقر الشركة، ومحل أطراف العقد[2].

أما المشرع النمساوي فقد تبنى هذا الضابط في المادة ٣٦ من القانون الدولي الخاص النمساوي ١٩٧٨م، والتي اعتبرت أن العقود الملزمة للجانبين التي يكون أحد أطرافها مديناً للآخر بمبلغ نقدي تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الآخر، أي الملتزم بالأداء المقابل للأداء النقدي وهو كذلك في القانون الدولي الخاص المجري ١٩٧٩م حيث أخذ بهذا المبدأ وذلك في المادة ٣/٢٥[3]، وكذلك القانون الروسي ٢٠٠١م في المادة ٤/١٢١١[4]، وفي القانون الفنزويلي ١٩٩٨م المادة ٥/٣٠[5]، والمادة ١٤٥ من القانون المدني الصيني ١٩٨٦م[6].

---

(١) انظر:

Art. 188 *“of the Second Restatement also provides that:"(1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in 6".*

(٢) في التعليق على هذا النص انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law:**, op. cit, p.127.

(٣) في التعليق على هذا النص انظر:

Zoltan Odon:**La nouvelle réglementation hongroise du droit international privé. In: Revue internationale de droit comparé**. Vol. 32 N°1, Janvier-mars 1980, p.93.

(٤) في التعليق على هذه المادة راجع:

Sergei Lebedev, Aleksander Muranov, Roman Khodykin and Elena Kabatova: **New Russian Legislation On Private International Law**, Yearbook of Private International Law, 2002, p.122.

(٥) القانون الدولي الخاص الفنزويلي نشر في الجريد الرسمية العدد ٥١١/٣٦، ٦ اغسطس ١٩٩٨م النسخة بالانجليزية نشرت في الكتاب السنوي للقانون الدولي الخاص ١٩٩٩م منشورة بالاشتراك مع المعهد السويسري للقانون المقارن، سويسرا، ص٣٤١- ٣٥٢.

(٦) المبادئ العامة للقانون المدني لجمهورية الصين الشعبية ١٩٨٦م، في التعليق على هذا النص انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law**:, op. cit, p.134.

ومن القوانين العربية التي نصت على هذا الضابط نجد القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨م[١] ، حيث نصت المادة ٦٢ على أن" يخضع العقد للقانون الذي تعيّنه الأطراف وإذا لم تحدّد الأطراف القانون المنطبق يُعتمَد قانون الدولة التي يوجد بها مقرّ الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد أو قانون مقرّ مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري". والمقصود هنا هو الطرف المدين بالأداء المميز في العقد[٢] .

٢. موقف القضاء من ضابط الأداء المميز

لقد بدأ ظهور هذه الفكرة في القضاء السويسري منذ حكم المحكمة الفدرالية السويسرية الصادر في عام ١٩٥٢م في القضية المشهورة Chevally C. Genimpartex S. A[٣] ، تلتها أحكام أخرى كحكمها الصادر في ١١ مايو ١٩٦٦م حيث أقرت هذا المبدأ بقولها إنه في حال سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون واجب التطبيق، فإن العقد يخضع للقانون الذي يرتبط بالعقد بروابط وثيقة، ثم تعقب المحكمة بتحديد هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد[٤] .

أما في فرنسا فقد تبنت محكمة استئناف جرينوبل ضابط الأداء المميز في حكمها الصادر في ٣١ سبتمبر ١٩٩٥م، وهي بصدد نظر عقد بيع بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيس في إيطاليا ومشتر فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد[٥] .

وفي القضاء الأمريكي نجد حكم محكمة نيويورك في ١٩٩٨م، في دعوى أقامتها شركة Network America ومقرها نيويورك ضد شركة Access America ومقرها ولاية جورجيا، حيث ادعت الأولى أن المدعي عليها الثانية تقدم خدماتها للعملاء حول العالم ومنهم عملاء في نيويورك، وأن المدعى عليها ترسل عقوداً إلى العملاء لتوقيعها، تأسيساً على

---

(١) مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٩٨-٩٧ من ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨م.

(٢) انظر في التعليق على هذا النص: د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع خاص، ص١٥٩.

(٣) انظر:
Hans UlrichNjessurun & D'Oliveira: **"Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention**, op. cit, p.304.

(٤) وهو كذلك في أحكامها اللاحقة كحكمها الصادر في ١ أكتوبر ١٩٦٨م، وحكمها الصادر في ١٥ مارس ١٩٧٤م، وحكمها الصادر في ٢٥ فبراير ١٩٧٥م، للمزيد في التعليق على هذه الأحكام انظر: د. عادل أبو هشيمة محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٩٩.

(٥) مشار إليه لدى، د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٦.

أن هذه الاتصالات تتم في نيويورك، وقد اعترفت محكمة نيويورك بأن مجرد امتلاك الموقع في جورجيا واستخدامه من قبل عملاء في نيويورك ليس كافياً لتطبيق قانون نيويورك لعدم وجود فائدة ينتج عنها أداء مميز تقدمه الشركة المدعى عليها[١].

أما في جمهورية الصين الشعبية فنجد أن محكمة الشعب العليا قد طبقت هذا الضابط في القضية المشهورة China pacific insurance Ltd, Cheng du Branch V. UK Bertling Ltd[٢]، والمتعلقة بتعويض ناجم عن عقد نقل بحري فقد قضت المحكمة بأن القانون الصيني له علاقة أوثق بالعقد إذ إن عقد النقل البحري قد تم إبرامه في الصين، كما تم أداء العقد في الصين أيضاً وبالتالي فإن القانون الصيني يسري على الدعوى.

كل هذه النصوص تبين فعالية ضابط الأداء المميز في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية، ولكن يبقى السؤال: مدى فعالية هذا الضابط في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الالكترونية؟ وخصوصاً عقود المستهلك الالكتروني!

ثالثاً: تقييم ضابط الأداء المميز:

بالرغم من إقرار ضابط الأداء المميز في العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية فضلاً عن العديد من أحكام القضاء القديم والحديث، كما سبق أن بينا، إلا أن هذا الضابط قد تعرض للنقد خصوصاً فيما يتعلق بعقود التجارة الالكترونية وعقود المستهلكين على وجه التحديد:

فمن ناحية أولى: نجد أن هذا الضابط يقوم على افتراض أن العقد ليس له إلا محل تنفيذ واحد، حتى لو نشأ عنه التزامان رئيسان، كما أن الأداء النقدي الذي تفترض هذه النظرية أنه لا يعد أداءً مميزاً هو أمر غير صحيح فالأداء النقدي لا يكون مجرداً من الأهمية الاقتصادية فهو الأداء اللازم لإتمام العقد[٣].

ومن ناحية ثانية: هناك من العقود المركبة التي يصعب معها تحديد الأداء المميز للعقد، حيث إن كل التزام من هذه الالتزامات له نفس الأهمية بحيث يقوم كلّ منها

---

(١) مشار إليه لدى: د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٥٨.

(٢) انظر:
China Pacific Insurance Ltd, Chengdu Branch v. UK Bertling Ltd, (2004) Shanghai Maritime Court, No. 36, in Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law**:, op. cit, p.136.

(٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٦١.

بفكرة الأداء المميز[(١)]، كالعقد الذي يبرمه النزيل مع الفندق فهو عقد إيجار بالنسبة للغرفة وعقد بيع بالنسبة لتناول الأطعمة وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة، ومن ثم يصعب تحديد الأداء المميز حيث إن كل الالتزامات قد تكون بنفس الدرجة ولها نفس الأثر.

وهو كذلك في عقود خدمات المعلومات حيث يجعل المورد الوصول إلى قاعدة البيانات مجاناً، وبالتالي فالتزام المستخدم ليس دفع نقود وإنما يستفيد المورد من خلال دخول العميل حيث يعود عليه بمقابل مالي من خلال المعلنين الذين يقومون بالإعلان من خلال الموقع[(٢)].

ومن ناحية ثالثة: فإن إعمال هذا الضابط في مجال التجارة الالكترونية قد يبدو غير مقبول بسبب طبيعة هذه التجارة، ولتوضيح أكثر فإنه يلزم إعطاء قليل من التفصيل بالقدر المناسب:

فهناك نوعان أساسيان من التعاملات الالكترونية: الأول: هو بيع السلع المادية [الملموسة] أو الرقمية عبر الانترنت ويكون توصيلها مادياً إلى المستهلك، أو تقديم الخدمات عبر الانترنت مع وجوب الأداء المادي لتلك الخدمات، والنوع الثاني: هو بيع السلع الرقمية وتوريدها عبر الانترنت أو تقديم الخدمات الرقمية عبر الانترنت.

فالأولى تتسم بالتسليم المادي للسلع والمنتجات الرقمية وهو ما لا تختلف به العقود الالكترونية عن العقود التي تتم في الواقع المادي، حيث يمكن التركيز المكاني لها مع بعض الضوابط التي تراعي خصوصية التعاقد الالكتروني.

أما المنتجات الرقمية ونقلها وتسليمها عبر الانترنت فهناك أربعة عوامل تدخل في تحديد مكان الأداء المميز للعقد: الأول: المكان الذي يقوم من خلاله البائع بشحن هذه السلع الرقمية مثل مكان تحميل السلع الرقمية، والثاني: المكان الذي يستقبل فيه المشتري هذه السلع الرقمية، مثل مكان تنزيل تلك السلع الرقمية، والثالث: مكان عمل متلقي هذه السلع، وأخيراً: مكان عمل البائع.

ولما كان بمقدور البائع تحميل السلع أو المنتجات الرقمية من أي مكان في العالم فإن مكان التحميل غير كاف لتوضيح أن العقد أكثر ارتباطاً بالدولة التي يتم فيها التحميل، وهو كذلك بالنسبة لتحديد مكان المشتري، ذلك أن السلع الرقمية يمكن تنزيلها بدون أي قيود على مكان التوريد، مثل تحميل الكتاب الالكتروني، فيبقى هنا مكان العمل- عمل البائع والمتلقي- وهنا سؤال يطرح نفسه، ما هو مكان العمل الذي يكون أوثق صلة بالعقد؟

---

(١) د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٠.

(٢) د. عادل أبو هشيمة: عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ١٠٤.

تجيب اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية[١]، وذلك في المادة ٤/٦ بأن أي مكان لا يمكن اعتباره محلاً للعمل في التجارة الالكترونية، لمجرد وجود التكنولوجيا والتجهيزات مثل أجهزة الكمبيوتر والسيرفر التي يستخدمها الأطراف في عملية التعاقد، أو حيث يمكن الوصول إلى المعلومات من قبل أي طرف[٢].

وهذا النص على عكس المادة ٢/٤ من اتفاقية روما ١٩٨٠ التي تفترض أن العقد يكون أكثر ارتباطاً بالدولة وقت توقيع العقد، ذلك أنه من الصعب جداً تحديد مكان العمل عند توقيع العقد الالكتروني عما هو عليه الحال في العقود التقليدية، فالإنترنت لا حدود ولا مكان له[٣]، وهو الذي كررته لائحة روما، فإذا كانت الشركة A التي تقع في الدولة X وتستخدم موقع انترنت خاص بشركة أخرى B والتي تقع في الدولة Y فما هو القانون الذي يسري على العقد، إذ إن الدولة X هي محل العمل الرئيس للشركة A، ولكن الشركة A تقوم بتحميل منتج رقمي وتقوم بتخزينه ونقله إلى الدولة Y ولها علاقة دائمة بالدولة X، ومن ثم فإن قانون الدولة Y يكون أكثر ارتباطاً.

خلاصة هذا التحليل أن هناك نتيجة يمكن استخلاصها وهي أنه ليس هناك مكان للعمل التجاري الذي يكون وثيق الصلة بالتعامل أو العقد، الذي من خلاله يمكن أن نحدد القانون المعمول به[٤]، وبالتالي يترك الأمر للقضاء في بيان العلاقة الوثيقة حسب ظروف كل تعاقد، بمعنى إسقاط فكرة الأداء المميز في مجال التجارة الالكترونية، وهو ما تعمل عليه اتفاقية روما ١٩٨٠ في حال تعذر تحديد الأداء المميز فإنها تبطل العمل بهذا الضابط، وهو الذي أخذت به المادة ١/١٥ من القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م.

---

(١) إتفاقية الأمم المتحدة ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٥م حول استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية متاحة على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.

(٢) وقد جرى نص المادة على النحو التالي:

Art 6/4: "A location is not a place of business merely because that is:

(a) where equipment and technology supporting an information system used by a party in connection with the formation of a contract are located; or

(b) where the information system may be accessed by other parties."

(٣) انظر:

Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.94, Sylyette Guillemard: **Le Droit International Privé Face AU Contrat De Vente Cyberspatial**, op. cit, p.471.

(٤) انظر:

Sylyette Guillemard: **Le Droit International Privé Face AU Contrat De Vente Cyberspatial**, op. cit, p.472.

ومن ناحية رابعة: إن إعمال ضابط الأداء المميز على عقود المستهلكين وخصوصا المستهلك الالكتروني، يرفضه الكثير من الفقه نظراً لأن المستهلك هو الطرف الضعيف في العقد[1]، وإعمال هذا الضابط من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق قانون المورد سواءً في السلع أو الخدمات، في مواجهة الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، وهذا من شأنه أن يَعصِفُ بحقوق المستهلك التي يكفلها له قانون محل إقامته المعتادة، أما المستهلك الالكتروني فقد سبق بيان عدم ملاءمة هذا الضابط في عقود التجارة الالكترونية بصفة عامة، وهو كذلك في عقود المستهلك الالكتروني، فهي عقود تستعصي على التركيز وتحتاج إلى حماية أكبر للمستهلك، نظرا لحاجته الماسة للحماية، فهو يجهل الأمور الفنية والقانونية وغموض طبيعة التعامل الالكترونية، فضلاً عن أن تعاقده قد يجري لمرة واحدة.

الخلاصة:

يخلص الباحث من العرض السابق إلى أن القانون واجب التطبيق وفق نظرية الأداء المميز في العقد هو قانون مورد السلع أو الخدمات، في مواجهة الطرف الآخر وهو المستهلك في عقود الاستهلاك، وهو ما يمثل تراجعاً عن فكرة الحماية الخاصة التي يتمتع بها المستهلك.

أما في عقود الاستهلاك الالكترونية فإن إعمال هذا الضابط يكون مرفوضاً من ناحيتين: الأولى: إنها عقود الالكترونية يصعب فيها التركيز المكاني لمقدم الأداء المميز الذي هو البائع في الغالب كما هو في العقود التي ترد على السلع غير المادية ، والثانية: إنها ذات طرف ضعيف يستحق الحماية خاصةً أن إعمال هذا الضابط من شأنه تطبيق قانون المورد، وقد يخلو هذا القانون من الحماية اللازمة للمستهلك، أو قد تكون هذه الحماية أقل من الحماية المقررة له في قانون محل إقامته المعتادة.

وعلى ذلك فقد ذهب بعض الفقه نحو البحث عن ضوابط أخرى تكفل حماية خاصة لهذا الطرف الضعيف في العقد، كالأخذ بضابط موطن أو محل إقامة المستهلك المعتادة.

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٦١، د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٥٧، د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥١.

وفي الفقه الأجنبي انظر:

*Richardson, Nicky: **The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine**, op. cit, p.286.

*Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.100.

المبحث الثالث
ضوابط الإسناد الملائمة لحماية المستهلك الالكتروني

تقسيم:

بعد عجز قواعد الإسناد التقليدية في بسط الحماية اللآزمة للمستهلك الالكتروني، نجد أن الفقه والكثير من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد اتجهت إلى وضع ضوابط موجهة تراعي حماية المستهلك بكونه طرفاً ضعيفاً في العقد[1]، وذلك في مواجهة الطرف القوي في العقد الذي يتمتع بالخبرة والدراية والتفوق الاقتصادي والقانوني، وتتمثل هذه الضوابط في ضابط محل إقامة المستهلك، وضابط الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك.

ونفصل هذين الضابطين على النحو التالي:

المطلب الأول: الإسناد إلى قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

المطلب الثاني: الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك.

المطلب الأول
الإسناد إلى قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك

بالرغم من أن بعض التشريعات قد سمحت للأطراف في عقود المستهلكين باختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم بشرط أن لا يخالف القواعد الإلزامية في قانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك، كما هو في المادة ٢٦ من القانون الدولي الخاص التركي ٢٠٠٧م، إلا أن هذه التشريعات تعود وتؤكد على أن قانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك هو القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك في حال عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، وهذا يعكس الأهمية البالغة التي يحظى بها المستهلك كونه الطرف الضعيف في العقد.

---

(١) من المعلوم أن الوظيفة التقليدية لقاعدة الإسناد تقتصر على تحديد القانون الأكثر ملاءمة لحكم العقد وهو القانون الذي تحتفظ معه العلاقة بروابط أكثر وثاقة بغض النظر عن المضمون الموضوعي لهذا القانون، بمعنى أن قاعدة الإسناد تقوم بوظيفتها في حياد وهي مغمضة العينين. إلا أن الفقه الحديث قد إتجه إلى إستخدام قاعدة الإسناد لتحقيق أهداف معينة وهي الدفاع عن مصالح خاصة ومحددة من أجل الوصول إلى تنظيم مرض للعلاقات القانونية. للمزيد انظر: د. أبو العلا النمر: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص ٣٦، وما بعدها.

فما مدى هذه الحماية التي يحققها هذا الضابط؟ وهو ما سوف نعرفه من خلال تقسيم هذا الموضوع إلى ثلاث نقاط، نحدد فيها مفهوم الضابط(أولا) ومبرراته (ثانياً)، ثم بيان التطبيقات التشريعية والقضائية لهذا الضبط (ثالثاً)، وأخيراً تقدير مدى الحماية التي يتمتع بها المستهلك وفقاً لهذا الضابط(رابعاً)

أولاً: مفهوم ضابط موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك

يعد هذا الضابط نتيجة عكسية لضابط الأداء المميز والذي كان يُسند فيه العقد إلى قانون محل إقامة المورد، فهذا الضابط من شأنه إسناد العقد إلى الوسط الاجتماعي والقانوني للعاقد الضعيف- المستهلك[1]- بمعنى أن المستهلك يخضع للحماية المقررة له في قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة وفق القواعد الحمائية التي وضعها مشرعه رغبة في إضفاء الحماية عليه لكونه الطرف الضعيف في العقد حيث يكون في موقف غير متكافئ مع المورد[2].

وتمثل هذه القواعد الإلزامية في قانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك الحد الأدنى من الحماية المقررة له، بحيث تشتمل تلك القواعد على القوانين والأدوات القانونية التي تهدف إلى تزويد المستهلك بمستوى من الحماية في العقود التي يبرمها، كقواعد حماية المستهلك أثناء التعاقد، وشروط العقد غير العادلة، والحماية المقررة عند التنفيذ...الخ[3]. وهو ما دفع المشرع ومعه القضاء إلى رفض تطبيق أي قانون من شأنه الإخلال بهذه الحماية[4].

ثانياً: مبررات ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك

اتجهت العديد من التشريعات نحو الأخذ بضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك كونه ضابط إسناد موضوعي يهدف إلى حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد، وذلك لفشل ضوابط الإسناد الجامدة في تحقيق تلك الحماية، كما أن إعمال فكرة الأداء المميز كان من شأنه أن يعلي مصالح المورد على مصالح المستهلك، ومن ثم الإخلال بتوقعات المستهلك المشروعة والذي قد يتعاقد للمرة الواحدة.

---

(١) د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٤.

(٢) للمزيد انظر:
Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit, p.22.

(٣) انظر:
Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.98.

(٤) انظر دور قانون الإرادة في عقود الاستهلاك ما سبق، ص٧٥.

فمن ناحية أولى: فإن المستهلك هو الطرف الضعيف في العقد أمام شركات الإنتاج والتوزيع العملاقة، ومن ثم فقد بدا وكأنه يمثل مركز الخطورة، كما يقول البعض، ومن ثم يتوجب التركيز على حمايته من خلال قانون محل إقامته المعتادة، وهي فكرة تقابل فكرة الأداء المميز التي يتم التركيز فيها على المهني وإهمال دور المستهلك لكونه الملتزم بالأداء النقدي والذي لا يمثل أي ثقل في العقد، بعكس الحال هنا فموطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة هو المعتبر في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود المستهلك[١].

ويدعم هذا القول أن المستهلك هو الطرف الضعيف في العقد. ومن ثم، فإن رضاءه يكون منقوصاً تحت ضغط إغراءات الدعاية والإعلان التي يقوم بها المهني، بحيث لا تترك للمستهلك حرية الاختيار الحر والمتاني في قبول العرض وفحص طلب التعاقد، حيث يندفع المستهلك إلى التعاقد لإشباع حاجته من السلع والخدمات التي يرغب في الحصول عليها دون أن يفكر في أنه بصدد علاقة دولية، ولا يكون في ذهنه سوى قانونه الوطني. ومن ثم، فإن هذا الضابط يحمي التوقعات المشروعة للمستهلك فهو القانون الذي يدور في خلده لحظة التعاقد[٢].

ومن ناحية ثانية: يجنب هذا الضابط المستهلك من إمكانية الغش نحو القانون الذي قد يصطنعه المهني[٣]، فكثير من التشريعات تقر حق الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم بما في ذلك عقود الاستهلاك وما ينطوي عليه هذا الاختيار من تلاعب المهني الذي له الدراية الفنية والقانونية، وذلك باختيار القانون الذي يحمي مصالحه حتى ولو كان من شأنه الإضرار بمصالح الطرف الآخر- المستهلك- من هنا كان ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك هو القيد على هذه الحرية، فيسقط اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق في عقود الاستهلاك متى كان من شأن إعماله أن يقلل من الحماية المقررة للمستهلك في قانون محل إقامته المعتادة.

وفي حال اللجوء إلى القواعد الأخرى في تحديد القانون واجب التطبيق والتي تعطي المهني فرصة التلاعب وتغيير مضمونها الحقيقي، بوصفه الطرف القوي في العقد، وذلك عبر إدراج شروط في العقد يجعل التعاقد يتم بصورة أخرى على غير حقيقته، كأن يختار مكان التعاقد أو التنفيذ، فإن إعمال ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك يمثل قيداً على

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص٢٠٧.

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٧٦، انظر ايضاً:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.160.

(٣) انظر:

Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit, p.37.

هذا الفعل، فلا يمكن أن يطبق على عقود الاستهلاك أي قانون من شأنه أن يخل بالحماية المقررة للمستهلك في قانونه الذي تمثل الحد الأدنى من الحماية[١].

ومن ناحية ثالثة: يؤدي إعمال هذا الضابط إلى تطابق[٢] الاختصاص القانوني مع الاختصاص القضائي، فإذا كانت اتفاقية بروكسل ولائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ بشأن الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام القضائية، قد أسندت الاختصاص القضائي في عقود الاستهلاك إلى محكمة محل إقامة المستهلك في المادة ١/١٧، وهو كذلك في الكثير من التشريعات[٣]، فإن من المفيد أن يكون القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك هو قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك[٤]، وهذا من شأنه أن يحقق نتائج مهمة:

١. إن القاضي يكون على علم بمضمون هذا القانون وبخفاياه، وهو بذلك سوف يطبقه على أكمل وجه دون حاجة إلى بحث قصد المشرع الأجنبي والتحقق من صحته، فيما لو كان القانون واجب التطبيق هو القانون الأجنبي، وهو الأمر الذي من شأنه أن يحقق السرعة والفاعلية في الوصول إلى العدالة[٥].

٢. تقليل النفقات والتكاليف على المستهلك، فإذا كان الهدف من جعل الاختصاص القضائي لمحكمة موطن أو محل إقامة المستهلك هو تقليل النفقات عليه وعدم إثقال كاهله بها، فإنه أيضاً هنا في القانون واجب التطبيق على العقد حيث يكون بحاجة إلى هذه الرعاية، فلا يثقل كاهله بإثبات القانون الأجنبي[٦].

---

(١) انظر في ذلك:
John O’Brien: **Conflict Of Laws**, op. cit., p.363.

(٢) انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit,p.99&115.

(٣) في اختصاص محكمة موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك انظر ما سياتي، ص٢٤١.

(٤) انظر:
Giesela Rühl: **Consumer Protection In Private International Law**, op. cit, p.42.

(٥) انظر:
Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit, p.34.

(٦) وهو المعول عليه في الأنظمة القانونية المختلفة حيث يوكل للأطراف بإثبات القانون الأجنبي واجب التطبيق.

٣. يصب هذا الاختصاص في حماية المصالح والتوقعات المشروعة للمستهلك، فهو يتعاقد مع المهني وفي خلده قانونه دون سواه، لذا فهو ينظم مركزه القانوني على هذا الأساس، كما أن هذا الاختصاص يخدم في نفس الوقت مصالح المهني الذي يكون متوقعاً لديه إعمال هذا القانون لذا، فهو ينظم مركزه القانوني بناءً على شروطه وضوابطه، خصوصاً أن بإمكانه جمع المعلومات القانونية والوصول إلى التفسير الصحيح لهذا القانون أفضل من المستهلك، بمعنى أن إعمال هذا الضابط سوف يضيق فجوة التفوق المعلوماتي والفني بين المهني والمستهلك[١]، مما يزيد في قدرة الأخير في اتخاذ قرار واعٍ في عملية التعاقد.

ومن ناحية أخيرة: فإن إعمال هذا الضابط يؤدي إلى تحقيق مصلحة الدولة في تطبيق تشريعاتها الحمائية، حيث تضع الدولة القواعد الحمائية للمستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المهني، وهي بذلك تحقق بجانب مصالح المستهلكين المقيمين على إقليمها مصلحتها في حماية النظام الاجتماعي، كمصلحتها في تحقيق التوازن في العلاقات العقدية بين المهني والمستهلك، وتقليص نفوذ المهني في مواجهة المستهلك حماية للنظام الاقتصادي للدولة[٢].

وهكذا، يمكن القول بأن قانون موطن أو محل إقامة المستهلك هو أقدر القوانين على تحقيق الحماية الخاصة للمستهلك بوصفه العاقد الضعيف في العقد، نظراً لأن حماية المستهلك كانت محل اعتبار عند المشرع وذلك عند وضع القواعد الحمائية التي تحقق التوازن بين أطراف العقد[٣].

وقد دفعت هذه الاعتبارات المشرع الوطني وكذلك الاتفاقيات الدولية والقضاء إلى الأخذ بهذا الضابط في الاعتبار عند سن القوانين المنظمة لعملية التعاقد وفض تنازع القوانين بشأنها كما سيأتي.

ثالثاً: إقرار ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك في التشريعات الدولية والوطنية:

١. تقنين ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك في الاتفاقيات الدولية:

لقد كرست الاتفاقيات الدولية ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك، فنجد أن اتفاقية لاهاي ١٩٥٥م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع قد

---

(١) انظر:
Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit, p.39.

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٧٧.

(٣) د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٥.

أخذت به وذلك في عجز المادة ٣، التي تؤكد على تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمشتري إذا تم تسليم الطلب في دولة محل الإقامة المعتادة للمشتري إلى البائع أو نائبه.. [(١)]، وكذلك الأمر في مشروع اتفاقية لاهاي ١٩٨٠م والخاص بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين وذلك في المادة السادسة منه والتي نصت على أن "اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يجب أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون محل إقامته المعتادة" ثم تعقب ذلك بالمادة السابعة على خضوع العقد لقانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك في حال عدم وجود اختيار صريح أو ضمني للقانون واجب التطبيق.

وفي اتفاقية روما ١٩٨٠م نجد المادة ٢/٥ تكرس هذا الضابط حيث تنص على " مع عدم المساس بنص المادة الثالثة فإن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يجوز أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة:

- إذا كان العقد قد سبقه، في هذا البلد عرض خاص أو دعاية، وإذا كان المستهلك قد قام باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في هذا البلد.
- إذا تلقى المتعاقد مع المستهلك أو ممثله الطلب من المستهلك في هذا البلد.
- إذا كان العقد يتعلق ببيع بضائع، وانتقل المستهلك من هذا البلد إلى بلد أجنبي وابرم العقد بشرط أن تكون الرحلة منظمة بواسطة البائع من أجل حث المستهلك على إبرام عقد البيع".

ثم تأتي الفقرة الأخيرة من ذات المادة لتؤكد بوضوح أن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك في حال عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقد، يكون هو قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

وقد تابع هذا الحل لائحة روما ٢٠٠٨ وذلك في المادة ١/٦ حيث تؤكد على ما ورد في المادة ٥ من اتفاقية روما ١٩٨٠ من شروط مع بعض التعديل كما سيأتي في الفقرة رابعاً.

---

(١) ويجري نص هذه الفقرة باللغة الفرنسية على النحو التالي:

Art. 3, *"...Toutefois, la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur…"*.

٢. <u>تقنين ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك في التشريعات الوطنية:</u>

نصت المادة ١٩ من قانون حماية المستهلك لإقليم الكيبك الصادر في ٣٠ يونيو ٢٠١٠م، على أن " كل شرط في العقد يخضعه كلياً أو جزئياً لقانون آخر غير القانون الكندي أو قانون مقاطعة الكيبك يكون باطلاً"[(١)]، فنجد هنا أن المشرع قصر الاختصاص القانوني في مجال عقود الاستهلاك أو العقود التي يكون أحد طرفيها مستهلكاً لإقليم الكيبك وهو اختصاص حصري أو استئثاري، بحيث يبطل كل ما من شأنه أن يطبق القانون الأجنبي على العقود التي يكون للمستهلك محل إقامة معتادة على إقليم الكيبك حتى ولو كان هذا القانون يحقق فائدة أو مصلحة للمستهلك[(٢)].

وقد كان هذا الحل مخففاً في القانون المدني لإقليم الكيبيك الصادر في ١٩٩١م وذلك في المادة ٣١١٧، الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك، التي جاء نصها مطابقاً إلى حد ما نص المادة ٥ من اتفاقية روما ١٩٨٠م السابق الاشارة إليها[(٣)].

وأخذ به المشرع السويسري في المادة ١٢٠ من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧م والتي تنص على أن " ١- العقود التي يكون محلها أداء استهلاك جار ومخصص للاستعمال الشخصي أو العائلي للمستهلك، الذي ليس له صلة بالنشاط المهني والتجاري له، يحكمها قانون دولة محل إقامته المعتادة:

أ. إذا كان المورد قد تلقى الطلب من المستهلك في هذه الدولة.

---

(١) ويجري نصها باللغة الإنجليزية على النحو التالي:

Art 19: *"Any stipulation in a contract that such contract is wholly or partly governed by a law other than an Act of the Parliament of Canada or of the Parliament of Québec is prohibited."*

(٢) انظر:

Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.98.

(٣) ويجري نص هذه المادة باللغة الإنجليزية على النحو التالي:

Art. 3117. *“The choice by the parties of the law applicable to a consumer contract does not result in depriving the consumer of the protection to which he is entitled under the mandatory provisions of the law of the country where he has his residence if the formation of the contract was preceded by a special offer or an advertisement in that country and the consumer took all the necessary steps for the formation of the contract in that country or if the order was received from the consumer in that country. The same rule also applies where the consumer was induced by the other contracting party to travel to a foreign country for the purpose of forming the contract. If no law is designated by the parties, the law of the place where the consumer has his residence is, in the same circumstances, applicable to the consumer contract”.*

ب. إذا كان إبرام العقد قد سبقه عرض خاص أو دعاية في هذه الدولة وقام المستهلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد فيها.

ج. إذا تم حث المستهلك بواسطة المورد للانتقال إلى دولة أجنبية لإبرام العقد.

٢- يستبعد اختيار القانون واجب التطبيق"[١].

وهنا نلاحظ أن المشرع قد وضع شروطًا لتطبيق قانون محل إقامة المستهلك المعتادة على كل عقد يكون أحد طرفيه مستهلكاً[٢]، وأعقبه بنص صريح في الفقرة الثانية مقتضاه إبطال كل اختيار من جانب أطراف العقد للقانون واجب التطبيق. وهذا يتطابق مع نص المادة ١٩ من قانون حماية المستهلك لإقليم الكيبك والتي أبطلت أي اختيار من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق قانون غير قانون الكيبك.

وقد تقاربت أو تطابقت مع هذا النص العديد من التشريعات، كما هو الشأن في قانون العقود الإنجليزي لعام ١٩٧٧م في المادة ٢٧، وهو في التقنين الأمريكي 2nd restatement الثاني المادة ١٨٧والمادة ١٨٨، وفي قانون التجارة الموحد الأمريكي UCC ٢٠٠١م القسم (c) ١/٣٠١، وسار على نفس النهج القانون الدولي الخاص النمساوي ١٩٧٨م في المادة ٤١، وكذلك المادة ٣٣ من القانون الدولي الخاص البرتغالي ١٩٨٥م، وأيضاً القانون الدولي الخاص الياباني في مادته ٢/١١، والمادة ٢/٢٧ من القانون الدولي الخاص الكوري، والمادة ١٢١٢ من القانون الدولي الخاص الروسي، ونختم بالقانون الدولي الخاص التركي حيث يجري نص المادة ٢/٢٦ " في حال لم يحدد الطرفان القانون الواجب التطبيق على عقدهم يسري قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك...." [٣].

---

(١) ويجري النص الأصلي للمادة على النحو التالي:

Art. 120 Consumer contracts: **1.** *Contracts relating to the provision of ordinary goods and services intended for the personal or family use of the consumer and which are not associated with the professional or commercial activities of the consumer shall be governed by the law of the State in which the consumer is habitually resident*:

(a) *If the supplier received the order in that State;* ***(b)*** *If the conclusion of the contract was preceded in that State by an offer or an advertisement and the consumer performed there the necessary acts to conclude the contract; or* ***(c)*** *If the consumer was induced by the supplier to go abroad to place his order there.*

2. *A choice of law by the parties is precluded*.

(٢) سوف يأتي التعليق على هذه الشروط لاحقاً في الفقرة رابعاً.

(٣) ويجري نصها باللغة الإنجليزية على النحو التالي:

«

رابعا: تقييم ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك الالكتروني

بالرغم من أن هذا الضابط قد لاقى قبولاً لدى الكثير من التشريعات والاتفاقيات الدولية إلا أنه قد وجهت له أسهم النقد ذلك أنه إذا كانت التشريعات التي أخذت به قد وضعت له اشتراطات تكاد تكون متطابقة إلى حد ما فيما بينها، إلا أن الملاحظ أن إعمال هذه الاشتراطات في مجال العقود التي تتم عبر الانترنت فيه محل نظر، إذ كيف يمكن إعمال هذا الضابط بهذه الشروط في مجال التجارة الالكترونية؟

فلو دخل المستهلك على موقع المهني على صفحة الانترنت وتصفح العروض المتاحة على الموقع، واختار إحداها ثم تعاقد على شراء تلك السلعة أو الخدمة، فهل يمكن إعمال قواعد الحماية التي أقرتها اتفاقية روما ١٩٨٠م في المادة ٢/٥ والتي تفترض شرطين لانطباقها على المستهلك؟:

١. أن يكون إبرام العقد جاء نتيجة عرض خاص وجهه البائع إلى دولة المستهلك.

٢. أن يكون المستهلك قد أتم الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في دولته.

وهي ما تسمى بالشروط التي يجب تحققها في المستهلك الإيجابي **Actives Consumer**[(١)]. يجيب جانبٌ من الفقه عن هذا التساؤل بالقول إن المستهلك الالكتروني لا يستفيد من هذه الحماية وذلك لعدم تحقق الشروط، فالعرض الخاص الذي يمثل الشرط الأول، يفترض أن يكون محدداً جغرافياً في نطاق معين وهو ما لا يمكن تصوره في عروض

»

Art. 26(2) *"Where the parties have not made a choice of law, the law of the habitual residence of the consumer shall be applicable. In order for the law of the habitual residence of the consumer to be applied:* ***(a)*** *The contract should have been entered into in the country of the habitual residence of the consumer upon a special invitation sent to him/her or an announcement and the legal acts required to be carried out by the consumer should have been carried out in this country or* ***(b)*** *the other party or his/her representative should have taken the order of the consumer in this country or* ***(c)*** *where the relationship constitutes a contract of sale, the seller should have organised a trip in order to convince the consumer to buy and the consumer should have travelled to a country other than the country where he/she is situated by taking this trip and should have placed his/her order there".*

(١) في التفرقة بين المستهلك الإيجابي والمستهلك السلبي انظر:
M. Pertegás Sender: **Les Consommateurs Internautes Face au Nouveau Droit De La Procédure Internationale,** op. cit, p.193

الانترنت حيث يصعب حصر تلك الأنشطة في مجال التجارة الالكترونية[١]. وكذلك الأمر بالنسبة للشرط الثاني وهو قيام المستهلك بالإجراءات الضرورية للتعاقد في دولة محل إقامته المعتادة، حيث إن القيام بتلك الإجراءات مثل تسجيل البيانات على موقع البائع لا يمكن أن تخضع للتركيز المكاني وهذا ما يكون في حق المستهلك الذي يتعاقد أثناء قيامه بإحدى رحلاته.

على أن الباحث يرى أن هذا التحليل غير سليم خصوصاً في ظل لائحة روما المعدلة لاتفاقية روما ١٩٨٠م والتي اعتمدت على فكرة " توجيه النشاط" بدلاً من " العرض الخاص" الذي أخذت به تلك الإتفاقية[٢]، فوفقاً للائحة يكفي مجرد أن يفهم من نشاط البائع أنه موجه نحو دولة المستهلك بأي طريقة سواء كانت منفردة أو جماعية، ويعتبر بذلك تحقق شرط توجيه النشاط الذي أخذ به لائحة روما [٣].

ومن ثم، فإن متابعة وتوجيه النشاط عبر الانترنت لن يحتاج إلى تواجد مادي للبائع أو من يمثله، إذ أن العقود الالكترونية يتم إبرامها دون حاجة إلى التواجد المادي لأطراف العقد، وتترك مسألة التحقق مما إذا كان الموقع الالكتروني قد وجه نشاطه إلى موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك للقاضي ليستخلصها من ظروف وملابسات التعاقد. هذا ويمكن الاستدلال على ضابط توجيه النشاط وفقاً لما قررته محكمة العدل الأوربية في إحدى أحكامها ٢٠١٠م، من خلال طبيعة النشاط وتحديد ما إذا كان دولياً أم محلياً، واللغة التي يستخدمها الموقع الالكتروني، وكذلك العملة الأجنبية التي يعتمدها الموقع للوفاء، أو الإشارة إلى أرقام الهاتف ورموز الدول، أو من خلال استخدام اسم النطاق حيث قد يعبر ذلك عن مكان تأسيس العمل، أو استناداً إلى شروط التسليم المادي وقواعده[٤].

أما الشرط الثاني فقد كان من الأولى عدم الالتفات إليه في ظل التجارة الالكترونية[٥] حيث يصعب التركيز المكاني لعناصر العقد، فقد يتخذ المستهلك تلك الخطوات اللازمة

---

(١) انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.174.

(٢) حيث تنبه واضعو لائحة روما أن الفكرة التي جاءت بها اتفاقية روما ١٩٨٠م وهي "العرض الخاص"، لم تعد تناسب وسائل التعاقد الحديثة كالتعاقد عبر الانترنت. وربما كان السند في ذلك المادة ١٧ من التوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤ بروكسل بشان الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام القضائية.

(٣) انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law**:, op. cit, p.120.

(٤) في أحدث أحكام محكمة العدل الأوربية الصادر في ٧ ديسمبر ٢٠١٠م:

Cases no, C-585/08 and C-144/09, Official Journal of the European Union, C 55, 19/2/2011, p4.

(٥) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٦٦.

لإبرام العقد أثناء تنقله من دولة إلى أخرى مستخدماً جهازه المحمول[١]، وهو ما أخذت به لائحة روما في المادة ٦/١/ب حيث ألغت هذا الشرط ومدت الحماية لتشمل المستهلك المتنقل الذي يدخل من أي مكان[٢].

وهذا التحليل الذي وصلنا إليه ينسجم مع مسودة اقتراح التوجيه الأوربي حول حقوق المستهلك الأوربي[٣] الذي يرى ضرورة الانسجام والتجانس في معايير حماية المستهلك بين دول الإتحاد الأوربي وزيادة الثقة القانونية في التعاملات عبر الانترنت، حيث نجد المادة ١٤ من هذا المقترح تُلزم التاجر بأن يعطي للمستهلك خياراً كي يملأ بموجبه استمارة الكترونياً ويقدمها من خلال موقع التاجر على صفحة الانترنت وعلى التاجر أن يبلغ المستهلك بإخطار تلقي العرض من خلال بريده الالكتروني ودون إبطاء.

غير أن البعض يطرح إشكالاً آخر في تحديد توجيه النشاط وفق لائحة روما، وهو أن هناك مواقع سلبية وأخرى ايجابية وبالتالي فإنه يثار التساؤل حول ما إذا كان إنشاء الموقع الالكتروني يعد توجيها للنشاط نحو الدولة التي يتعامل معها التاجر فقط؟ أم أنه موجه نحو جميع دول العالم؟ باعتبار عالمية الشبكة. وهو ما يلزم تفصيله على النحو التالي:

التمييز بين المواقع الإيجابية والمواقع السلبية[٤]:

يقصد بالمواقع السلبية Passive website: تلك المواقع التي توجه نشاطها إلى دول محددة دون تقديم عروض مباشرة للتعاقد، وإنما تكتفي بعرض المعلومات، بمعنى أن الموقع يعرض المعلومات للجمهور إلا أنه لا يسمح لهم بالقيام باي إجراء من شأنه أن يرتب

---

(١) انظر:
Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.99.

(٢) للمزيد في التعليق على هذا النص انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.214.

(٣) انظر مقترح حول حماية المستهلك الأوربي Brussels, 8.10.2008 متاح من خلال الرابط التالي:
http://www.europarl.europa.eumeetdocs2009_2014documentscomcom_com(2008)0614_com_com(2008)0614_en.pdf

(٤) في التمييز بين المواقع الايجابية والسلبية انظر في الفقه العربي:
د. حسام أسامه محمد محمد شعبان:الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٣٠. وفي الفقه الاجنبي انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p56&113. Rosario DuasoCalés: **La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyber consommation**, 2002, available online: http://www.lex-electronica.org. M. Pertegás Sender: **Les Consommateurs Internautes Face au Nouveau Droit De La Procédure Internationale : du régime conventionnel au régime communautaire**, op. cit, p.193.

أثراً قانونياً، وبالتالي فهذه المواقع لا تثير مشكلة تنازع القوانين بالنسبة للمستهلك إذ إنها لا تتيح له التعاقد من خلالها.

أما المواقع الالكترونية الإيجابية Interactive website: فهي تلك المواقع التي تقدم عروضاً على موقع الانترنت تُمَكِّن المتعامل معها في أي دولة من التعاقد المباشر، بمعنى أن هذا الموقع يسمح للمشتركين بالاشتراك في القائمة البريدية للموقع، والبحث عن المنتجات، وتسجيل طلب الشراء عبر الموقع، وإرسال رسائل بريدية للمشتركين لتأكيد عملية الشراء والشحن.

وهناك المواقع شبه السلبية Moderately interactive website: وهي تلك المواقع التي تسمح بتبادل بعض المعلومات بين المستخدم والموقع إلا أن هذه المعلومات غير كافية لعملية التعاقد، كأن يقدم الموقع معلومات أولية عن المنتج فقط لتتم عملية التعاقد بطريق البريد أو بأي طريقة أخرى، غير أن هذه المواقع يمكن أن تكون إيجابية فيما لو أتاحت مكنة إتمام العملية التعاقدية من خلالها[١].

وهنا اتجه بعض الفقه[٢]، إلى أن المواقع الإيجابية فقط هي التي يمكن القول بأنها قد وجهت النشاط، سواءً كان هذا النشاط موجهاً نحو دول حددها الموقع أو نحو جميع دول العالم حيث يمكنها تسليم السلع والخدمات إلى المستهلك فيها، أما المواقع السلبية فلا يمكن أن يعتبر دورها المتمثل في إتاحة المعلومات البسيطة وإمكانية الدخول إلى الموقع الالكتروني من دولة المستهلك توجيهاً للنشاط نحو هذه الدولة[٣].

وعلى ذلك، فإن أي موقع على الانترنت يمنح المستخدمين مكنة التعاقد المباشر عليه، يعد موقعاً إيجابياً إذا وجه نشاطه نحو هذه الدولة، وهو ما يعني الأخذ بالشرط الأول في لائحة روما والذي يقوم على فكرة توجيه النشاط، حيث تتناسب هذه الفكرة مع عقود التجارة الالكترونية[٤]. ونعتقد أن ذلك يعد كافياً لتحقيق الحماية للمستهلك دون الخوض

---

(١) انظر في ذلك حكم محكمة كلورادو في ٢٣ فبراير ٢٠٠٤م:

Boppy company, the V. luvee prod corp, case no 1:2004 C v 00320, 23 february 2004, Colorado district court, available online: http://www.rfcexpress.com/ lawsuits/patent-lawsuits/colorado-district court/21486/ the-boppy-co-v-the-luvee-products-corp/summary/

(٢) انظر:

Rosario Duaso Calés: **La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation**, op. cit, p.14.

(٣) وهذا هو المعيار الذي أخذت به المحاكم الأمريكية في تحديد الاختصاص الشخصي لها في المنازعات المتعلقة بعقود الانترنت. للمزيد انظر:

Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law**, op.cit, p.145.

(٤) المرجع السابق ص١٣٧.

في ما إذا كان المستهلك قد اتخذ الإجراءات اللازمة في محل إقامته المعتادة من عدمه، وذلك على اعتبار أن ذلك سيزيد الوضع سوءاً حيث يصعب تركيز علاقة الانترنت وتحديد مكان اتخاذ تلك الخطوات.

وعليه، يمكن القول أن المستهلك عبر الانترنت ليس مستهلكاً سلبياً بل مستهلكاً شبه سلبي طالما وأنه يقوم بدور إيجابي من خلال دخوله الموقع الالكتروني للبائع ويستعرض الصفحات والعروض ويقوم باختيار أفضل السلع التي تتناسب معه من حيث الجودة والسعر وهذا ما يُخرِجَه عن وصف المستهلك السلبي. ومن ثم، فإن تطبيق قواعد الحماية المقررة للمستهلك في محل إقامته المعتادة وفق هذا الضابط سوف تصب في مصلحته والابتعاد عن شبح الاشتراطات التي وضعتها اتفاقية روما وخاصة الشرط الثاني الذي كان يفترض استبعاد المستهلك السلبي من الحماية وفقاً للمادة ٢/٥، إذ إن القول بغير ذلك سوف يزيد من العراقيل في مواجهة تطورات التجارة الالكترونية بل إن البعض يرى افتراض أن هذه الإجراءات الضرورية قد تمت في موطن المستهلك المعتادة خروجاً من مشكلة التركيز المكاني لتلك الإجراءات[١].

أما الاستثناء الذي أوردته المادة الخامسة من اتفاقية روما ١٩٨٠م وهو نفس الاستثناء الذي ورد في لائحة روما وفق المادة ٤/٦ وذلك بخصوص إعفاء عقود توريد الخدمات من الحماية المقررة للمستهلك، وخضوع عقود توريد الخدمات لقانون محل عمل مقدم الخدمة إذا تم إرسال الخدمة منه إلى دولة غير دولة محل إقامة المستهلك المعتادة وفق المادة ١/٤-ب[٢]، هو أمر مثير للجدل إذ إن الخدمات الالكترونية يمكن أن تقدم إلى المستهلك في أي مكان في العالم من خلال الوسائل التكنولوجية التي يتمتع بها المورد، بعكس الخدمات التي تقدم بالطرق التقليدية.

وهنا يرى جانبٌ من الفقه[٣] وهو ما يؤيده الباحث أن مستهلك الخدمات الالكترونية يجب أن يتمتع بنفس الحماية المقررة للمستهلك في القواعد الآمرة في موطنه أو محل إقامته المعتادة، وذلك لأن توريد الخدمات عبر الانترنت يتم بطريقة آلية فورية إلى جهاز متلقي تلك الخدمات وليس فيه أي اعتبار للمكان الذي يتواجد فيه، بل إن المورد لتلك الخدمات وهو يتعاقد مع المستهلك لا يأبه بتحديد موطن هذا الأخير خصوصاً وأن عقود المستهلك الالكتروني تتم للمرة الواحدة في أغلب الأحوال.

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٧٤.

(٢) ويجري نصها على النحو التالي:

Art 4\1, (b)" *a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence".*

(٣) انظر تعليق هذا الفقه على سلوك لائحة روما في إستبعاد الخدمات من نطاق الحماية المقررة للمستهلك عند:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.219.

خلاصة القول

بالرغم مما يحققه ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك من حماية نظراً لما تم عرضه من مبررات، إلا أنه لا يمكن القول بأن قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك يكون دائماً أكثر حماية له، فتباين التشريعات المختلفة في سنها قواعد حمائية للمستهلك يفرض هذا القول، ولذلك قد يكون من المفيد اللجوء إلى ضوابط أخرى تسند هذا العقد لقانون يكفل حماية أفضل له[1]. مما يعني أن قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك قد يخل بحقوق المستهلك أكثر من أي قانون آخر كان من الممكن أن يطبق في حال لم يتدخل هذا القانون.

وهذا ينطبق على عقود التجارة الالكترونية إذ ليس كل الدول متساوية في قواعد الحماية التي تضعها من أجل حماية المستهلك الالكتروني، فالحال في الدول النامية، يخالف ما عليه الحال في الدول الأخرى التي بلغت مراحل متقدمة في تنظيم هذه التجارة الحديثة. فلو أن مستهلكاً يقيم في اليمن تعاقد مع مورد مقيم في انجلترا وجرى هذا التعاقد عبر شبكة الانترنت، فإن من الأفضل لهذا المستهلك عند قيام نزاع مرتبط بهذا العقد أن يحكمه القانون الإنجليزي الذي ينظم قواعد خاصة لحماية حق الخصوصية بشكل افضل مما هي عليه في القانون اليمني، وهو كذلك في تطبيق حق المستهك في العدول وضرورة الاعلام، وما يترتب على ذلك من نتائج وذلك بعمل مقارنة بين القانون اليمني والانجليزي.

وعليه فإنه لا ينبغي إسناد عقود الاستهلاك الالكترونية إلى قانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك بقصد حمايته، دون تضمين قاعدة التنازع الخاصة استثناءً يسمح للقاضي بتطبيق قانون آخر غير قانون محل إقامة المستهلك متى كان يوفر حماية أفضل له[2].

ومن ثم فلا يصح التشبث بقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك لمجرد أنه على علم به ويحمي توقعاته المشروعة، ذلك لأنه يجب العمل على حماية المستهلك دون إعطاء أهمية لمسألة علمه أو عدم علمه بالقانون المختص، وهو ما انتهجه فقه القانون الدولي الخاص وذلك بسن قواعد آمرة تجبر الأطراف على احترامها بما تمثله من كونها الحد الأدنى من الحماية الخاصة بالمستهلك.

بمعنى أن الفقه يتجه إلى اعتبار أن ضابط موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك يمثل الحد الأدنى من الحماية المقررة للمستهلك، مع ضرورة اللجوء إلى ضابط آخر يرتفع بمستوى هذه الحماية المقررة في قانونه كحد أدنى وفق القانون الأصلح للمستهلك. وهو ما سوف نبحثه من خلال المطلب التالي.

---

(١) د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٧.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٦٤.

المطلب الثاني
الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك
The most favorable law

رأينا فيما سبق أن ضوابط الإسناد التقليدية لم تسهم بالقدر الكافي في حماية المستهلك، وكذلك الأمر بالنسبة لضابط موطن أو محل إقامة المستهلك المعتادة، حيث إن هناك حالات لا يقرر فيها هذا الضابط أي حماية للمستهلك بل قد تكون الحماية التي يقررها أقل مما يعطيه القانون الآخر المختار من قبل الأطراف والذي قد يرتفع بمستوى الحماية المطلوبة أكثر مما هي عليه في قانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

فإذا كان هدف المشرع من سن قواعد الحماية هو تحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد فإن إمكانية الوصول إلى هذا الهدف يتحقق بتطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك حتى ولو كان هذا القانون هو القانون الذي اختاره الأطراف، أو قانون المهني المتعاقد معه[1].

وسوف نوضح هذا الضابط من خلال الوقوف على مفهومه ومبرراته (أولاً)، ثم تقنينه في التشريعات الوطنية والدولية (ثانياً)، وأخيراً تقييم دور الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك(ثالثاً).

أولاً: مفهوم القانون الأكثر حماية للمستهلك ومبرراته

يقوم القانون الأكثر حماية للمستهلك على فكرة التباين بين التشريعات المختلفة في تقدير الحماية الخاصة للمستهلك، فهناك تشريعات بلغت قدراً من التنظيم والدقة استناداً إلى الخلفية القانونية والاقتصادية والفنية الجيدة، وفي المقابل هناك تشريعات أخرى مازالت متأخرة في مواكبة التطورات الحديثة.

ومؤدى الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك، أن تعمل قواعد الإسناد الأخرى إلى جانب قاعدة الإسناد التي تمثل حماية خاصة للمستهلك (ضابط موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك)، وإعطاء القاضي دوراً في بحث أي القوانين يحقق حماية أفضل

---

(١) انظر في تأييد هذا الضابط في الفقه العربي: د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٦٧، د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٩٧، د. احمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ١٦٢. وفي الفقه الأجنبي انظر:

Pocar (Fausto): **La protection de la partie faible en droit international privé**, R.C.A.D.I., (1984), Vol. 188 , p.404.

للمستهلك[١]، دون الاكتفاء بدور قاعدة التنازع المتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية لا تعرف نتائجه وعما إذا كان سيعطي المستهلك الحماية المطلوبة أم لا[٢].

وعلى ذلك فإن الوصول إلى تحقيق أكبر قدر من الحماية يفترض تعدد ضوابط الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين، بحيث يقوم القاضي بالتنقل بين تلك الضوابط رغبة في تحقيق النتيجة المادية أو الموضوعية وهي حماية المستهلك، فيقوم باختيار القانون الأكثر حماية له من بين تلك القوانين المتزاحمة، والغالب أن الأطراف يتخيرون قانوناً لحكم عقدهم بحيث يحقق مصالحهم المشروعة إلا أنه يجب ألا يخل القانون المختار بالحماية المقررة للمستهلك في قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة والتي تمثل الحد الأدنى من الحماية[٣]، بمعنى تطويع دور الإرادة لخدمة المستهلك.

فلو كان قانون الدولة A يعطي فترة أربع سنوات للمسؤولية عن المنتجات بحيث يسمح بمساءلة التاجر خلال هذه السنوات عن أي خلل ابتداءً من الوقت الذي ينتقل فيه الخطر إلى المستهلك، وكان قانون الدولة B يسمح بمساءلة التاجر خلال سنتين فقط، فإنه إذا قام تاجر مقيم في الدولة A وباع منتجات إلى مستهلكين مقيمين في الدولة B، وكان الاتفاق على أن قانون دولة البائع A هو الذي يسري على العقد، فإن قانون الدولة A هو الذي يسري على العقد بالرغم من أن قانون الدولة B هو قانون موطن أو محل إقامة المستهلك المعتادة[٤].

وعلى هذا فإن الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك يتسم بالمرونة الكافية، فهو يضمن تطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك، كما أنه يحقق عدة مزايا منها " أنه يكفل وحدة القانون الذي يحكم العقد، سواءً استند اختصاص هذا القانون لإرادة الأطراف أو لم يستند إليها"[٥]، وهو من ناحية أخرى يغني عن اللجوء لبعض الوسائل التي تستخدم في تصحيح مسار قاعدة التنازع عند عدم تحقيق الهدف الحمائي لها، مثل استخدام الدفع بالنظام العام وإعمال منهج قواعد البوليس[٦]. التي قد يفضي إعمالها إلى الإخلال بالحماية

---

(١) د.عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٥.

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٩٧.

(٣) انظر:

Poyton D.A: **Electronic Contracts**, op. cit, p.99.

(٤) انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law**:, op. cit, p.107.

(٥) د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قاعدة تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٦٨.

(٦) د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ١٦٢.

المقررة للمستهلك في القانون الأجنبي المستبعد، مما يعني تجنب المشاكل التي قد تنجم عن إعمال مثل هذه القواعد[١].

حيث إن تدخل المشرع المتزايد عن طريق قواعد البوليس والنظام العام، يؤدي إلى تكدس النصوص التشريعية التي قد تأتي على حساب المستهلك وذلك بتقييد حريته في الحكم على مصالحه، ومن ثم فإنه يجب ترك حرية الاختيار للمستهلك وإعمال هذا الاختيار متى كان من شأنه توفير حماية أفضل له[٢]، إذ يجب افتراض حسن النية من جانب الطرف القوي (البائع) عند اختيار قانون العقد في عقود المستهلكين فقد يكون القانون المختار محققاً لمصلحة الطرفين حماية لسمعة التاجر وحماية لمصالح المستهلك.

وعلى ذلك، فإن إلغاء دور الإرادة وفرض قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك قد يأتي على حساب المستهلك نفسه عندما يكون قانونه أقل حماية من القانون المختار وهو كذلك في تركيز العلاقة وتطبيق القانون الأوثق صلة بالعقد. ولهذا، فإنه "يجب إعطاء الأولوية والأفضلية للإسناد الذي يؤدي إلى توفير حماية مؤكدة للطرف الضعيف"[٣].

"ويلعب نظام الاسناد التخييري دوراً هاماً كوسيلة لحماية الضعفاء من ناحية، وكوسيلة لحماية الأشخاص حسني النية من ناحية أُخرى. كما يتميز هذا النظام بأنه يهدف إلى تحقيق نتيجة موضوعية في مجال حماية المستهلك، وتتمثل هذه النتيجة في تطبيق القانون الذي يساهم بطريقة فعالة في حماية المستهلك، والوصول إلى هذه النتيجة لا يكون إلا بالنظر إلى ما يؤدي إليه تطبيق كل قانون، وعدم التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على العقد، حيث يؤدي التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق إلى

---

(١) في عرض هذه المزايا انظر بالتفصيل:

Pocar (Fausto): **La protection de la partie faible en droit international privé**, op. cit., p.404&407. *" à côté des conséquences négatives soulignées, aussi des avantages indéniables, à partir de la possibilité d'adopter une solution unitaire, susceptible d'être appliquée à l'égard tant d'un rattachement subjectif que d'un rattachement objectif du contrat. En outre, une extension au rattachement objectif du critère suivi pour limiter la portée du rattachement subjectif, en amenant à affirmer que la loi désignée par la règle de conflit ne peut pas porter atteinte aux dispositions protectrices de toute autre loi qui présente un lien avec le contrat, permettrait d'éviter les problèmes posés par le rattachement matériel propre des lois d'application immédiate."*

(٢) في تقييد دور الإرادة ونتائجه انظر سابقا، ص٨٠.

(٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٩٩.

تجاهل مصلحة الطرف الضعيف وعدم الالتفات إليها عند إسناد العقد، ولا تكون النتيجة محل اعتبار في هذه الحالة"(١).

وعادة ما يتم إعمال الإسناد إلى القانون الأكثر حماية المستهلك والذي يقوم على المقارنة بين القانون المختار بواسطة الأطراف وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، فأيهما أكثر حماية أخذ به، وهو النهج الذي أخذت به أغلب التشريعات كما سيأتي.

ثانيا: تقنين الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك في التشريعات الوطنية والاتفاقية

نجد أن تطبيق هذا الضابط قد لاقى رواجاً لدى بعض التشريعات الدولية والوطنية، فمن الاتفاقيات الدولية التي أخذت بهذا الضابط، نجد نص المادة الخامسة من اتفاقية روما ١٩٨٠م، وهو كذلك في المادة ٦ لائحة روما(٢)، حيث جاء نصهما متطابقاً في أنه" لا يجوز أن يحرم اختيار الأطراف المستهلك من الحماية المقررة بالنصوص الآمرة في قانون محل الاقامة المعتادة..."، وما يلاحظ على هذا النص أنه " قد تضمن تخييراً بين القانون المختار بواسطة الأطراف وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وبتطبيق القانون المختار بواسطة الأطراف عندما يكون أكثر صلاحية للمستهلك، فإذا وجد اختيار من جانب الأطراف لقانون معين، فلا يمكن تطبيق هذا القانون عندما تكون نصوص قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك أكثر صلاحية وحماية لهذا الأخير"(٣).

بمعنى أن هذين النصين يتفقان على الإبقاء على حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم باعتباره الأصل العام في العقود الدولية وأن هذا الاختيار يبطل في حال مخالفته للقواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

بمعنى أن المشرع قد أخذ بالإسناد التخييري بين القانون المختار من قبل الأطراف وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، بحيث يطبق القانون المختار من قبل الأطراف عندما يكون أكثر حماية للمستهلك، وهو النهج الذي أخذ به الفقه الأوربي والأمريكي وكذلك التشريع والقضاء(٤)، حيث نجد أن هذه النصوص قد جعلت الحماية الواردة في قانون المستهلك تمثل الحد الأدنى من الحماية المقررة له، وأن أي قانون يزيد منها يكون هو الأجدر بالتطبيق.

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٠٠.

(٢) راجع نص المادة الخامسة من اتفاقية روما ١٩٨٠م ونص المادة ٦ من لائحة روما سابق الإشارة اليهما.

(٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٩٩.

(٤) انظر:
Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit, p.20.

وأما مشروع اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٠م بشأن القانون واجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين والذي أعد أثناء الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر لاهاي في ٢٥ أكتوبر ١٩٨٠م[١]، حيث نصت المادة السادسة منه على أن " يحكم القانون الداخلي المختار بواسطة الأطراف البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، ولا يجوز أن يحرم اختيار الأطراف المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في القانون الداخلي لبلد محل إقامته المعتادة".

وهنا نلاحظ أن هذا النص تقارب إلى درجة كبيرة مع نص المادة ٥ من اتفاقية روما وكذلك نص المادة ٦ من لائحة روما، حيث إنها تعترف بالقانون المختار من قبل الأطراف وتقيده بتحقيق حماية أفضل من الحماية المقررة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

وفي اتفاقية الدول الأمريكية التي تمت بواسطة منظمة الدول الأمريكية OAS بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية في ١٧ مارس ١٩٩٤م حيث أخذت بهذا النهج في المادة السابعة منها فقد أكدت على حرية أطراف العقد في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، وقد جاء في المشروع المعدل لهذه الاتفاقية والذي قدمته كندا في نوفمبر ٢٠٠٦م والذي تضمن إضافة نص يتعلق بإبطال هذا الاختيار فيما لو تضمن حرمان المستهلك من الحماية المقررة له في قانون موطن أو محل إقامته المعتادة[٢].

أما المشرع الوطني فنجد أن التقنين الأمريكي الثاني والخاص بتنازع القوانين قد أخذ بهذا الضابط في المادة ٢/١٨٧-ب حيث يرى ضرورة الإبقاء على دور الإرادة إذا اختار الأطراف القانون واجب التطبيق على العقد، وإبطال هذا الاختيار متى تناقض مع السياسة الأساسية والجوهرية للدولة أو الولاية والتي يكون لها مصلحة مادية أكبر من تلك الدولة المختارة وفق المادة ٢/١٨٨[٣]، حيث يبطل أي تنازل عن الحماية المقررة للمستهلك في قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة، وهو المبدأ الذي اخذ به القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC ٢٠٠١م في القسم (C) ١/٣٠١، حيث يشير إلى ضرورة ألا يترتب على تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف حرمان المستهلك من الحماية التي يقررها له قانونه.

وهو ما تقرره المحاكم الأمريكية حيث تشير في الكثير من أحكامها إلى أن على القاضي المعروض عليه النزاع فحص عنصر الاختيار من الناحية الإجرائية والموضوعية والتحقق من مدى تحقيقه لمصالح المستهلك من عدمه، مما يعني أن تطبيق القانون المختار

---

(١) راجع أعمال الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر لاهاي السابق الإشارة إليها.

(٢) راجع بنود الاتفاقية على شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" الارتباط:
http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_topics_cidip_vii_proposal_consumerprotection_applicablelaw _brazil_17dec2004.htm

(٣) انظر:
Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit, p.22.

مرهون بمدى تقديمه الحماية الأفضل للمستهلك فإذا وجد القاضي أنه يحقق تلك الحماية طبقه وإلا رجع لتطبيق قانون موطن المستهلك والذي يمثل الحد الأدنى من الحماية[١]، وهو ما يؤكد أن القضاء الأمريكي يأخذ بمبدأ الإسناد إلى القانون الأكثر حمايةً للمستهلك[٢].

وفي القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٨م نجد أن المادة ٢/٤١ قد نصت على استبعاد اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق في العقود التي تبرم مع المستهلكين، وذلك في حال كون هذا الاختيار ضاراً بالمستهلك، بمعنى أن المشرع قد حرص على الإبقاء على دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق في عقود المستهلكين، وان هذا الاختيار يبطل في حال كان من شأنه الإضرار بالمستهلك والإنقاص من الحماية المقررة له في قانون محل الإقامة المعتادة له باعتباره الحد الأدنى من الحماية[٣].

وخلاصة الأمر أن القانون الأكثر حماية للمستهلك يأخذ في الاعتبار المقارنة بين قانون الإرادة وقانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك، بمعنى أن القاضي يعمد إلى الاختيار من بين هذه القوانين وفحصها لتطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك.

ثالثاً: تقييم الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك

بالرغم مما انتهينا إليه سابقاً من أن هذا الضابط يمثل حماية أفضل للمستهلك، لكونه يقوم على استبعاد القانون الذي يمثل حماية أقل للمستهلك وتطبيق القانون الأكثر حماية حتى ولو كان هذا هو القانون المختار من قبل الأطراف أو حتى قانون المهني، إلا أنه قد تعرض للنقد.

---

(١) للمزيد من التفصيل في موقف القضاء الأمريكي راجع:
Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law**, op. cit, p.131.

(٢) فعلى سبيل المثال انظر الدعوى **America online Inc. V superior court** حيث أن المحكمة لم تنفذ شرط اختيار قانون فرجينيا في عقد خدمات الانترنت الموقع بين شركة **America online** ومستهلكي كاليفورنيا، حيث أن قانون ولاية كاليفورنيا يمثل حماية أفضل للمستهلك من قانون ولاية فيرجينيا، انظر الحكم في:
Giesel aRühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit, p.22.

(٣) انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.210.

حيث يطرح البعض صعوبة تحديد القانون الأكثر حماية للمستهلك في حال أن الطرفين لم يختارا القانون واجب التطبيق على عقدهم[١]، ولكن وجهة النظر هذه غير مقبولة ويسهل الرد عليها، ففي حال عدم وجود اختيار من جانب الأطراف فإنه يتم تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك على اعتبار أن هذه الحماية المقررة له وفق هذا القانون هي الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن وجود الاختيار وعدمه سواء بالنسبة للمستهلك في حال كان القانون المختار لا يرتقي بمستوى الحماية إلى تلك الحماية المقررة وفق النصوص الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك التي تمثل قيداً على إعمال القانون المختار من قبل الأطراف بحيث لا يطبق هذا الأخير إلا في حال يكون أكثر حماية للمستهلك[٢].

أما الاعتراض القائم على صعوبة قيام القاضي بالمقارنة لتحديد القانون الأكثر حماية للمستهلك، فإن هذا القول مرفوض إذ لا ينبغي المبالغة في تقدير صعوبة تحديد القانون الأكثر حماية للمستهلك، إذ إن من شأن هذه المقارنة بين القوانين التي لها صلة بالعلاقة المطروحة تحديد هذا القانون وهي مقارنة ليست بغريبة عن القاضي الذي يتصدى للفصل في تنازع القوانين، كتلك المقارنة التي يعقدها القاضي بين قانونه الوطني والقانون الأجنبي ومدى توافق أو عدم توافق هذا القانون مع النظام العام في دولته[٣].

وأما ما يثار من أن الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني والتوقعات المشروعة للأطراف بشأن القانون واجب التطبيق على عقدهم، فإنه قول فيه مبالغة إذ أن الأمر يتعلق ببعض العقود التي يحتاج أحد طرفيها إلى حماية خاصة، وليس في كل العقود الدولية، ومن ثم فإن هناك هدفان ساميان ولكن أحدهما يفوق الآخر وهما الحفاظ على توقعات الأطراف وحماية الطرف الضعيف، فالأول يسعى لتحقيق الثاني ومن ثم لا بأس بالتضحية بالأول إذا ما كان من شأن ذلك هو تحقيق الحماية المطلوبة للمستهلك[٤].

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٠٧.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف: حماية المستهلك من خلال قاعدة تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٦٩.

(٣) د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٧٠.

(٤) في عرض هذا الاعتراض والرد عليه انظر:

Pocar (Fausto): **La protection de la partie faible en droit international privé**, op. cit., p.405.

وفي بيان قصور هذه الفكرة انظر: د. فؤاد محمد محمد العديني: تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٢١٣.

وخلاصة القول أن هذه الانتقادات لم تمس جوهر الإسناد إلى القانون الأكثر حماية المستهلك، فهذا الضابط له هدف سامٍ في تحقيق العدالة وذلك بأنه يشكل حماية للطرف الضعيف في العقد في مواجهة الطرف القوي، فهو صمام أمان للمستهلك من تحايل وسلطة الطرف القوي عند قيامه باختيار القانون واجب التطبيق على العقد، فلا شك أن من شأن هذا الاختيار في مثل هذه العقود قد يتولاه المهني أو المورد وهو الطرف القوي في العقد على المستهلك عديم الخبرة والدراية وبالتالي فإن إعمال هذا الضابط يصحح مسار قانون الإرادة ويستدرك المستهلك بالرعاية التي غابت عنه عند التعاقد.

ومن ثم، فإن هذا الضابط يعد أكثر الضوابط ملاءمة ليحكم علاقة المستهلك مع المهني في ظل التجارة الالكترونية، فجوهر هذا الضابط هو الإبقاء على إرادة الأطراف مع الأخذ في الاعتبار بأن قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك يمثل قيداً على هذه الإرادة في حال الإسناد إلى قانون يخل بالقواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك. وبالتالي، فإنه يحقق مصالح الطرفين فأما بالنسبة للمستهلك فإنه يحقق له أكبر قدر من الحماية، وأما بالنسبة للمهني فإنه يمكنه من انتشار تجارته وترويجها بل إنه يسعى إلى اختيار قانون يصب في مصلحة المستهلك سعياً منه في تشجيع الأخير للتعاقد معه وانتشاراً لتجارته، وهو يخدم مصالح التجارة الدولية وتشجيع التجارة الالكترونية وانتشارها فيطمئن المستهلك على مستقبل حقوقه في حال نشوء نزاع بينه وبين المورد.

خلاصة الفصل

قصور قاعدة التنازع في مجال التجارة الالكترونية

إن إعمال قواعد التنازع التقليدية في مجال التجارة الالكترونية، قد توصل إلى نتائج غريبة وغير مقبولة على الأقل لأطراف العلاقة، بالإضافة إلى ما يمكن أن تعكسه من عدم اطمئنان إلى هذه التجارة الحديثة والوثوق بها، وبالتالي عدم انتشارها[(١)].

فهناك مثالب وانتقادات قد وجهت لمنهج تنازع القوانين بصفة عامة، فقواعد الإسناد التقليدية تتطلب القيام بمجموعة من العمليات الفنية قبل الوصول إلى النتيجة المطلوبة وهي الوقوف على القانون واجب التطبيق وتطبيقه على العلاقة المطروحة، حيث يتطلب ذلك القيام بعملية التكييف القانوني للحالة المعروضة وصولاً إلى ضابط الإسناد المناسب والقيام بتفسير ضابط الإسناد وصولا إلى القانون واجب التطبيق، وهو ما يثقل كاهل القاضي الذي ينظر النزاع بل وأطراف العلاقة ومعاونيهم[(٢)].

---

(١) د. محمد مامون أحمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٩٨.

(٢) د. جمال محمود الكردي: تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م، ص١٢٩.

كما تثير قواعد التنازع عدم اليقين، فالطرف العادي وخصوصاً المستهلك لا يستطيع أن يتوقع حلاً واضحاً باستخدام مثل هذه القواعد، إذ إن القاضي سوف يطبق هذه القاعدة بطريقته الخاصة واضعاً في اعتباره ما يعتقد أنه العدل، أكثر من أن يطبق قواعد واضحة ومتيقنة ومعروفة، وهو ما يجعل إعمالها في التجارة الالكترونية أكثر صعوبة حيث يبحث الأفراد عن قواعد معروفة تحقق مصالحهم(١).

كذلك فإن قاعدة التنازع هي قاعدة وطنية وضعت لتحكم العلاقات الوطنية الداخلية، وبالتالي فهي تحدد قانوناً وطنياً لدولة معينة من بين القوانين المتزاحمة لمختلف الدول لحكم هذه العلاقة، وهذا القانون وضع خصيصاً من قبل المشرع في هذه الدولة ليحكم العلاقات الوطنية الداخلية، وبالتالي فكيف نقبل هذا القانون ليحكم العقود الدولية التي تعتبر وسيلة لتبادل الثروات والخدمات عبر الحدود فهي تخدم مصالح التجارة الدولية. وعليه، فإن منهج التنازع منهج زائف أو أعمى لأنه يفتقر إلى الروح الدولية(٢).

إضافة إلى ما تقدم فإن منهج التنازع يفتقر إلى القيام بالوظيفة الوقائية، أي الحيلولة دون وقوع النزاع بين الأفراد، وهي خاصية أساسية لقواعد القانون الموضوعي، حيث إن القانون الواجب التطبيق لا يكون معلوماً لدى الأطراف قبل الدخول في النزاع، حيث أن ذلك لا يكون إلا للمحكمة بعد عرض النزاع عليها، وبالتالي فإن فائدتها قبل النزاع تكون معدمة(٣).

وفوق هذا وذاك فإن قاعدة التنازع قاعدة عمياء فهي لا تنطبق الانطباق العادل على منازعات العلاقات الخاصة الدولية، ذلك أنها قاعدة جامدة لا تأبه للفوارق بين العلاقات الدولية والتي قد تكون من بينها علاقات ذات طبيعة خاصة التي يكون أحد أطرافها ضعيف، ومن ثم فقد يفضي إعمالها إلى نتائج لا تراعي هذه الخصوصية(٤).

وأما في عقود التجارة الالكترونية وعقود المستهلكين على وجه الخصوص، فإنه يمكن أن نضيف إلى قاعدة التنازع العديد من أوجه القصور والنقص، التي تحد من فعاليتها في مجال التجارة الالكترونية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: إن هذه القواعد تقوم على أسس جغرافية ومكانية وهو ما يتنافى مع طبيعة التجارة الالكترونية، إذ كيف يتاتى إعمالها في مجتمع افتراضي مقسم إلى مناطق شبكية بدل الأقاليم، وبالتالي فإن أول ما يميز علاقات هذا المجتمع أنها تستعصي عن التركيز

---

(١) د. إيهاب ماهر السنباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨م، ص٣٧٢.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٢.

(٣) د. جمال محمود الكردي: تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الانترنت، مرجع سابق، ص١٣٠.

(٤) راجع في عدم ملاءمة قواعد التنازع التقليدية ما سبق ص٨٧.

المكاني لعناصر العلاقة العقدية، حيث إن الانترنت يمثل عالماً رقمياً، فهو عبارة عن أرقام وبيانات ولا يعطي أهمية لمن وراء هذه الأرقام والبيانات ولا لأماكنهم(١).

فضلاً عن ذلك، فإن هناك صعوبة في تحديد مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه، كما أن الصعوبة تمتد إلى تحديد محل إقامة الأطراف، فالعنوان الالكتروني لا يشكل بأي حال من الأحوال محل إقامة ثابتة بالمعنى المتعارف عليه في الاتفاقيات الدولية، وتفرض صعوبة التركيز المكاني والجغرافي لشبكة الانترنت صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة(٢)، ذلك أن العنوان الالكتروني لا يشكل أي إشارة إلى هوية الطرف الآخر، كما أنه يصعب مراقبة العناوين الالكترونية، حيث إن ذلك غير مسموح به للتحقق من هويتهم(٣).

غير أنه يمكن التحقق من هوية الأطراف بإلزامهم بالشروط التي وضعها المشرع نفسه، والمتمثلة في ضرورة الإدلاء بالمعلومات اللازمة قبل التعاقد وخصوصاً في عقود المستهلكين عبر الإفصاح عن الاسم والمكان الجغرافي وقواعد التواصل وغيرها من القواعد.

ثانياً: إذا كانت قاعدة التنازع تفصل بين القوانين المتنازعة لحكم العلاقة المطروحة، وكل من هذه القوانين ينتمي إلى نظام قانوني مختلف، فقد يُوصِل هذا الإسناد إلى قانون بلد لم ينظم مثل هذا النوع من المعاملات الحديثة. ومن ثم، إنعدام فاعلية هذا القانون لحكم العلاقة القانونية المطروحة مما ينتج عنه فراغ قانوني سيؤدي إلى انعدام الثقة في التجارة الالكترونية(٤).

---

(١) انظر:

Paul Przemyslaw Polanski: **Towards a supranational Internet law**, *Journal of International Commercial Law and Technology* Vol.1 Issue 1 2006, p.1.

ولا أدل على ذلك من صعوبة الرقابة والتدخل في عالم الانترنت في القضية الشهيرة بالسر الكبير المتعلقة بالرئيس الفرنسي متران حيث أنه أعاق السيطرة على عرض هذه المعلومات رغم صدور حكم قضائي في ذلك. للمزيد في الحكم والتعليق عليه انظر:

Jean-Jacques Lavenue: **Cyberespace et Droit International***: pour un nouveau Jus Communicationis, available online*: http://droit.univ-lille2.frfileadminuser_ uploadenseignants lavenuecyberart.pdf.

(٢) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٥٠.

(٣) حيث يحظر ذلك التوجيه الأوربي رقم ٤٦/٩٥ الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥م المتعلقة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي.

(٤) انظر:

Quan Nguyen: **The network of banks and the private regulation of e-commerce**, *International Journal of e-Business Management, 2007* vol. 1, no. 1, p.11.

ثالثاً: إن القاضي يلعب دوراً مهماً في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، وذلك عند قيامه بتطبيق قاعدة التنازع، خصوصاً ما يتعلق منه بفكرة النظام العام الذي يختلف من بلد إلى بلد آخر، وقواعد البوليس، وهو ما يعني أن الحلول والأحكام الصادرة عن القضاء قد تؤدي إلى تضارب الأحكام من بلد إلى آخر خصوصاً فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية وازدهارها والتي تسعى إلى وحدة الحلول.

رابعاً: بالنظر إلى علاقة القواعد الموضوعية بالمستهلك الالكتروني نجدها أكثر ألفةً من القواعد التقليدية حيث إنها ثمثل الحد الأدنى من الحماية لهذا المستهلك فهي وليدة هذه المنظومة وربيبتها بعكس تلك القواعد التي نشأت خارج هذه المنظومة الالكترونية وإنما تطبق عليها من باب الاجتهاد، وفي جميع الأحوال فإن الحماية التي تقررها تلك القواعد التقليدية لن تقل عن الحد الأدنى من الحماية التي تقررها القواعد الموضوعية الخاصة بالتجارة الالكترونية[١].

ونظراً لتلك المثالب التي أبرزناها آنفاً فقد اتجهت أنظار الفقه إلى إيجاد قواعد تحكم العلاقات الدولية عبر الانترنت وتنظم قواعدها وليس هذا بغريب فقد دفع ذلك الأستاذJohn Parry Barlow إلى إعلان استقلال الفضاء وذلك في عام ١٩٩٥م[٢]، وهو بذلك يرفض أي تطبيق للقواعد التقليدية الوطنية على علاقات الانترنت ويتطلع إلى تنظيم خاص بحكم هذا العالم الجديد.

لذلك، فإن البعض يرى ضرورة وجود بديل لقواعد التنازع وهي عبارة عن قواعد موضوعية Regles Materielles والعمل على إرسائها وتطويرها لتتواكب مع العالم الافتراضي والتي سوف تشكل القانون الموضوعي الالكتروني للإنترنت Substantive internet law- electronic، وهو قانون مستقل بذاته وله خصوصيته الفنية ومصطلحاته التكنولوجية التي تواكب الوثبات السريعة للإنترنت[٣].

---

(١) انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.254.

(٢) انظر الإعلان الشهير نحو استقلال الفضاء متاح على الرابط التالي:

https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٧.

الفصل الثاني

حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية القواعد الموضوعية

المبحث الأول

دور النظام العام وقواعد البوليس في حماية المستهلك الالكتروني

المبحث الثاني

القواعد الموضوعية الالكترونية وحماية المستهلك الالكتروني

الفصل الثاني
حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية القواعد الموضوعية

تمهيد وتقسيم:

لمّا دخل الانترنت في مجال التجارة الالكترونية، قلب موازين القانون الدولي الخاص والذي يقوم على أسس جغرافية ومكانية، حيث إن الانترنت تخطى حدود الأقاليم الأرضية والمائية، فاصبح يبدو وكأنه عالم فضائي مستقل بذاته، يلفظ السيادة عليه، حيث تتيح الشبكة للمتعاملين من خلالها الدخول إليها من جميع أنحاء العالم، والتعامل مع بعضهم البعض وسهولة الحصول على المعلومات بأسرع وقت وأقل جهد وتكلفة.

ومن هذا المنطلق، فإن معطيات التجارة الالكترونية بهذا الوصف قد قلبت كل المفاهيم والأفكار التي استقرت عليها قواعد القانون الدولي الخاص، لكونها تتجاهل الحدود الجغرافية التي حظيت باهتمام بالغ في بناء قواعد التنازع التقليدية[١].

لذلك ذهب البعض إلى القول بأن التجارة الالكترونية يجب أن تخضع لقواعد خاصة موضوعية lex electronica، فالمشغلون وأصحاب المصالح في الفضاء الالكتروني[المضيف، والتجار، والمستخدمون] قد أنشأوا قواعد خاصة بهم خشيةً من تطبيق القواعد التقليدية في مجال التجارة الالكترونية، وذلك لعدم تطور تلك القواعد وقدرتها على مواجهة المشكلات القانونية التي تنشأ في البيئة الالكترونية[٢].

وعلى ذلك فإن أهم ما يميز القواعد المادية أنها قواعد نوعية، حيث تقدم حلولاً خاصة تميزها عن سائر القواعد الوطنية والمناهج الأخرى، فهي تراعي خصوصية العلاقات الدولية، وهو ما سهل انتشارها، كما أنها تعد قواعد موضوعية حيث تشير إلى الحل المناسب للنزاع مباشرة بعكس قواعد الإسناد التي يقف دورها عند الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع[٣].

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص٣٨.

(٢) انظر:

Catherine Kosma-Lacroze: **Le Droit De L'Internet**, p.15, available online: http://lacroze.catherine.perso.neuf.fr/contenu/pages%20pro/droit%20informatique/droit_internet.pdf

(٣) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٦١.

وتتكون قواعد القانون الدولي الخاص المادية أو الموضوعية من القواعد المتعارف عليها بين التجار ورجال الأعمال، وهي كذلك في القواعد التي يرسيها القضاء في الدول المختلفة وهو بصدد حل المنازعات الخاصة الدولية، كما أن المشرع الوطني قد يلعب دوراً أساسياً في صياغة مثل هذه القواعد، حيث لا يكاد يخلو نظام قانوني وضعي من وجود عدد غير قليل من تلك القواعد المادية للقانون الدولي الخاص.

وفي ضوء ما تقدم فإنه من المناسب أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نجعل الأول في بحث دور النظام العام وقواعد البوليس في حماية المستهلك الالكتروني، بينما نفرد المبحث الثاني لدراسة القانون الموضوعي الالكتروني وبيان دوره في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك الالكتروني، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: دور النظام العام وقواعد البوليس في حماية المستهلك.

المبحث الثاني: القواعد الموضوعية الالكترونية وحماية المستهلك الالكتروني.

المبحث الأول
دور النظام العام وقواعد البوليس في حماية المستهلك الالكتروني

تقسيم:

لما كان ضابط الإرادة هو الأساس في مجال العقود الدولية، والذي يقوم على إعطاء الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، كما سبق بيانه، ومن المعلوم أن إرادة الطرف القوي تلعب دوراً محورياً في تحديد هذا القانون دون المستهلك الذي يمثل طرفاً ضعيفاً في العقد.

ولذلك، فإن من شأن إعمال قانون الإرادة على عقدٍ يكون أحد طرفيه مستهلكاً أن يخل بالحماية المقررة له في قانون القاضي، بل إنه في بعض الفروض قد يخلو من أي حماية[١].

من هذا المنطلق ظهر دور قواعد النظام العام وقواعد البوليس في الحد من هذه الإرادة، مراعاة للحماية الخاصة التي يتمتع بها المستهلك لكونه الطرف الضعيف في العقد[٢]، والتي تطبق على النزاع مباشرة أياً كان القانون الواجب التطبيق على العقد، من أجل تحقيق حماية أفضل للمستهلك[٣].

وعلى ذلك فإنه من المناسب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: النظام العام وحماية المستهلك الالكتروني.

المطلب الثاني: قواعد البوليس وحماية المستهلك.

---

(١) انظر ما سبق في مبدأ سلطان الإرادة، ص٧٥.

(٢) انظر:
Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , LL.M. in Business law, 2001, p.2. available online: http://www.gourion.com/html_site_FR/Super-mandatory_Rules.pdf

(٣) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٦.

المطلب الأول
النظام العام وحماية المستهلك الالكتروني

أولاً: مفهوم النظام العام وأنواعه:

تلعب فكرة النظام العام دوراً محورياً وأساسياً في مجال القانون الداخلي للحد من سلطان الإرادة، فلا يجوز الاتفاق على مايخالفها، وهي كذلك في مجال القانون الدولي الخاص[١]، حيث يؤدي إعماله إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع " الأسس التي تشكل جوهر النظام القانوني للدولة التي لا تقبل أن ينطوي تطبيق القانون الأجنبي على مساس بها بأي شكل من الأشكال"[٢].

فإذا كان النظام العام الداخلي يعرف بأنه " مجموعة القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وإلا كان الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً"[٣]، حيث يعمد المشرع إلى سن مجموعه من القواعد الآمرة التي من خلالها يحدد الإطار العام لنشاط الأفراد الذين يقطنون هذا الإقليم والذي لا يجوز لهم مخالفتها[٤]. وعلى ذلك، فإن الأصل هو سلطان الإرادة إلا أن هذه السلطة تنحسر لصالح القواعد الآمرة التي وضعها المشرع في أحوال يراها أنها تمس كيان الدولة الاجتماعي والاقتصادي.

---

(١) انظر:

Ana-Juanita (G) : **Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence** ،Transylvanian Review of Administrative Sciences, No. 38 E/2013, p.49. *"Thus it is possible to distinguish between two types of mandatory rules: (1) national mandatory rules which may be rendered inapplicable by the parties' choice of the Principles to govern their contract, where this is allowed by the law which would otherwise be applicable; (2) mandatory rules which are applicable regardless of the law governing the contract according to the relevant regulations of international private law".*

(٢) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المسائل الأولية في قانون المعاملات المدنية الدولية، طبعة جامعة القاهرة فرع الخرطوم، ١٩٩٥م، ص٢٥٦.

(٣) انظر في ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨١.

(٤) انظر في ذلك:

Michael Joachim Bonell: **Règles impératives, Commentaires révisés, Article 1.4**, Groupe de travail chargé de la préparation des principes relatifs aux contrats du commerce international, Cinquième session Rome, 24 – 28 mai 2010, Etude L – Doc. 115, p.5.

فإن النظام العام الدولي يختلف بمفهومه عن النظام العام الداخلي، حيث يعرف بأنه: " عبارة عن مجموعة الأسس والمبادئ التي تشكل جوهر النظام القانوني للدولة التي لا تقبل أن ينطوي تطبيق القانون الأجنبي على مساس بها بأي شكل من الأشكال"[١][٢]. فقواعد النظام العام الدولي " ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني معها أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومة التي ترفع إليه"[٣].

وعلى ذلك فإذا كان من شأن إعمال القانون الأجنبي هو مخالفة لإحدى قواعد النظام العام الدولي، فإن من نتيجة ذلك تعطيل آلية النظام القانوني الوطني بأكمله، على إعتبار أن المخالفة قد مست إحدى الركائز الأساسية في قانون الدولة[٤]، ولهذا " فإنه يجب تحري الدقة عند النظر لقاعدة ما على أنها من قواعد النظام العام الدولي"[٥].

بناء على ما تقدم فإن النظام العام الدولي يختلف عن النظام العام الداخلي[٦]، ونرى أنه من الضرورة بيان هذه الفوارق حتى يتبين لنا الدور الذي يمكن للنظام العام أن يلعبه في بسط الحماية الكاملة للمستهلك لكونه طرفاً ضعيفاً في العقد أحاطه المشرع الوطني بمجموعة من القواعد التي تحميه وتحمي النظام الاقتصادي للدولة.

---

(١) راجع في هذا التعريف أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٢.

(٢) قارن في ذلك:

John O’Brien: **Conflict Of Laws**, op. cit., p.358.

(٣) الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ق جلسة ٢٠ يونيه ١٩٧٩م، مجموعه الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفني، ١٩٨٠م، السنة ٣٠ العدد الثاني، ص٧٢٥.

(٤) انظر أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٣.

(٥) المرجع السابق، ص١٨٤.

(٦) تمثل هذه التفرقة لبساً كبيراً لدى الكثير حيث أن مفهومها يتجه نحو القول أن هناك نظاماً عاماً مشتركاً وعالمياً بين مختلف الدول، وهو ما لم يقل به أحد حسب علمنا المتواضع، وعلى ذلك فإن النظام العام واحد، (د. عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص٩٠.) وكل ما هنالك أن دور كل منهما يتباين بحسب المجال الذي يعمل فيه. فدور النظام العام في القانون الداخلي يختلف عنه في القانون الدولي الخاص.(د. عكاشة محمد عبد العال مصطفى: الوسيط في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٣٩٠) وهو ما عبر عنه العميد المرحوم عز الدين عبد الله بقوله " إن التفرقة ما بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي هي تفرقة خادعة وخاطئة. فهي خادعة لأن اصطلاح نظام عام دولي قد يحمله السامع على معنى نظام عام مشترك فيما بين الدول، مع أن النظام العام في القانون الدولي الخاص يتميز بالوطنية". د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشرة، ١٩٨٦م، ص٥٣٤.

التفرقة بين النظام العام الدولي والداخلي

يفرق الفقه بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي من حيث المفهوم والنطاق والوظيفة:

فأما من حيث المفهوم والنطاق، فإن النظام العام الداخلي يطبق على العلاقات الوطنية البحته، فهو يحظر كل اتفاق من شأنه الإخلال بقاعدة آمرة[١]. ومعنى هذا أن فكرة النظام العام الداخلي تتسع بتعدد القواعد الآمرة التي يقررها المشرع في الجوانب المختلفة للقانون[٢].

على عكس النظام العام الدولي الذي يتسم بالضيق حيث تقوم هذه الفكرة على حماية المبادئ الأساسية في دولة القاضي وذلك عن طريق استبعاد القانون الأجنبي الذي يمس هذه المبادئ وتطبيق قانون آخر محله[٣]. وعلى ذلك، فإن " إعمال فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تؤدي إلى نتيجة بالغة الخطورة[٤] إذ إنها تقطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية ولعلاقات الأفراد المختلفة في المجال الدولي، وذلك بتعطيلها لقاعدة الإسناد"[٥]. ولذلك، " يتعين استخدام الدفع في هذا الميدان بحذر شديد وانضباط محكم بوصفه ضرورة تقدر بقدرها من غير إسراف أو انحراف"[٦][٧].

---

(١) انظر:
Ana-Juanita (G) : **Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence** ،op. cit., p.49.

(٢) راجع أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٤.

(٣) انظر:
Ana-Juanita (G) : **Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence**, op. cit., p.49.

(٤) في بيان ما يكتنف إعمال النظام العام الدولي من خطورة، راجع: د. عصام الدين القصبي: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٧١.

(٥) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المسائل الأولية في قانون المعاملات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص٢٦٢.

(٦) د. عكاشة محمد عبد العال مصطفى: الوسيط في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٣٩١.

(٧) قارن في ذلك عند:
John O'Brien: **Conflict Of Laws**, op. cit., p.358. "*The objection has to be a strong one – 'manifestly incompatible' – much more than the recognition of a difference or a mild distaste for the result, it requires that the forum cannot in conscience give effect to the foreign law without doing great disservice to its own fundamental principles*".

وعلى ذلك فإن كل مايُعَدُ من النظام العام الدولي يمكن أن يعد من النظام العام الداخلي، إلا أنه لا يجوز العكس[١]، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية " إنه وفق المادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو أساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطني أكثر فائدة"[٢].

أما من حيث الوظيفة: فإن النظام العام الداخلي يهدف إلى مراقبة تصرفات الأفراد ومدى اتفاقها مع صحيح القانون[٣]، ومن ثم فإن كل تصرف يقع بالمخالفة للقواعد الآمرة في القانون الداخلي يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً[٤].

أما النظام العام الدولي فإن الدور الذي يضطلع به يتمثل في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان من شأن تطبيقه المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني وإحلال قانون آخر محله[٥]، " فإعمال قواعد النظام العام الدولي يترتب عليه .. نتيجتان: النتيجة الأولى: تعطيل قاعدة الإسناد وعدم الاعتراف بالحد الأدنى الذي أدت إليه، والثانية: نفي الاختصاص التشريعي عن القانون الأجنبي وحلول قانون آخر محله"[٦]

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال مصطفى: الوسيط في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٣٩٢.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ق، جلسة ٥ ابريل ١٩٦٧م، مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفني، ١٩٦٧م السنة ١٨، العدد الثاني، ص٧٩٩.

(٣) د. عبد المنعم زمزم: الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٥.

(٤) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المسائل الأولية في قانون المعاملات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص٢٦٣.

(٥) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٠٨، د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٧م، ص١٨٨.

(٦) انظر في بيان ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٦.

ثانياً: دور النظام العام في حماية المستهلك

بعد أن انتهينا الى أن النظام العام عبارة عن " آلية يتم بمقتضاها استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بسبب تعارض أحكامه مع القواعد الأساسية في دولة القاضي"[١]. ومن ثم، فإن النظام العام يعمل على الحفاظ على المبادئ والأسس اللآزمة لكيان المجتمع وذلك باستبعاد كل قانون أو اتفاق يخالف هذه المبادئ[٢].

وعلى ذلك، فعندما تضع الدولة قواعد تشريعية الهدف منها هو حماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي في العقد[٣]، وهي بذلك تستبعد القانون الأجنبي الذي يؤدي الى إهدار تلك السياسة التشريعية، حيث يتدخل المشرع في حفظ التوازن بين أطراف العقد. ومن ثم، فإن هذه القواعد تعد من النظام العام بالنظر إلى هدفها في حماية تلك الفئات من المتعاقدين. والتي لا يجوز استبعادها بتطبيق قانون أجنبي[٤].

بهذا فإن النظام العام يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي الأقل حماية للمستهلك إذا كان من شأن إعماله أن يشكل حماية منقوصة له. " فالدفع بالنظام العام لا يسمح فقط بإبطال نتائج الاختيار الماكر المفروض بواسطة الطرف القوي، ولكن أيضاً بالسماح لمحاكم الدولة بأن تأخذ بمستوى حماية تحكم به كحد أدنى"[٥].

ومن ثم، فإن الدفع بالنظام العام يعد قيداً على مبدأ سلطان الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص، حيث يعمل على حماية الطرف الضعيف في العقد في مواجهة الطرف القوي الذي يستغل تفوقه الفني والقانوني والاقتصادي بفرض قانون معين يخدم مصالحه، فيأتي النظام العام ليبطل هذا الاختيار متى خالف القواعد

---

(١) انظر في هذا التعريف أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٧.

(٢) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٧.

(٣) للمزيد في حماية العاقد الضعيف، انظر: د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢١٥، وفي الفقه الأجنبي انظر:
Hervé Jacquemin: **Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel**, Annales de Droit de Louvain, vol. 70, 2010, no 1, p.7.

(٤) وفي ذلك تشير المادة ٣/١٦٣ من القانون المدني الأردني، حيث يجري نصها " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة... وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الإستثنائية".

(٥) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٢٥.

الحمائية التي وضعها المشرع لحماية هذا الطرف[١]، بمعنى أنه قد يعمل لصالح القاضي[٢].

مما يعني أن النظام العام له هدفان في مجال حماية المستهلك: الأول: يتمثل في استبعاد القانون المخالف للقواعد الأساسية في قانون دولة القاضي[٣]. والثاني: إعادة التوازن بين طرفي العقد، اللذين تتسع الهوة بينهما في ظل التفوق الملحوظ لصالح المهني على حساب المستهلك[٤]. فالنظام العام هنا يمثل حماية مباشرة للمستهلك أياً كان القانون الواجب التطبيق على العقد[٥]، ويعمل قانون القاضي على مراعاة مصالح المستهلك بتطبيق القواعد الحمائية التي وضعها المشرع لهذا الغرض[٦].

---

(١) انظر:
Ana-Juanita (G) : **Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence**, op. cit., p.49.

(٢) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٥٠.

(٣) انظر:
Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.4. "*public order might intervene to set aside the designated foreign law each time it appears that the content of this foreign law is inconsistent with the fundamental principles of the legal system of the forum*".

(٤) ويبرر ذلك بالحالة التي يكون فيها المستهلك لحظة ابرام العقد مع المهني، حيث يتصرف المستهلك بعدم تبصر وهو تحت تأثير دعاية المهني وقدرته العالية على ترويج السلع والخدمات، للمزيد انظر:
Hervé Jacquemin: **Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel,** op. cit., p.13.

(٥) انظر:
Ana-Juanita (G) : **Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence**, op. cit., p.49, *" Public Policy of Protection In the opinion of the author, the emphasis must be placed on the aim of the public policy of protection, which is that of protecting, through administrative and legislative measures, the vulnerable contracting party by granting specific rights and judicial remedies. From the angle of the mandatory character of the specific rule involved, the administrative measures taken in the sphere of public policy of protection present the specificity of being, in their majority, half-*mandatory*, in the sense that the protected party may voluntarily abandon the application of a protective measure, while the other protagonist (in this case, the professional vendor, distributor or service provider), being considered to be placed in a favorable or at least superior position (from an economic, financial, psychological or simply informational point of view) is compelled to respect the administrative or legislative rule".*

(٦) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٢٨.

فالنظام العام في هذه الحالة يشير إلى التدابير التشريعية التي تهدف إلى تنظيم الاقتصاد الوطني وحماية مصالح المجتمع ككل، وذلك بالقضاء على اختلال التوازن العقدي بين المهنيين والمستهلكين، حيث يتدخل النظام العام متى كانت هذه المصالح معرضة للخطر، مثل أن يقوم البائع بزيادة الأسعار أثناء العرض بالمخالفة لقواعد تحديد الأسعار، ولا يعطي للمستهلك الحق في العدول إذا كان السعر النهائي لا يتناسب معه مقارنة بالسعر الذي اتفق الأطراف عليه عند الدخول في العقد(١).

وهو ماتؤكده محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٥ ديسمبر ٢٠١١م(٢)، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن مستهلكاً تعاقد مع شركة Cofinoga التي حل محلها في حقوقها شركة laser cofinoga وذلك بغرض فتح اعتماد له يستعمل على أجزاء في حدود مبلغ ما يعادل ٢١٣٤٢ يورو مع مبلغ مسموح به لفتح حساب ٣٠٤٨ يورو وفي تاريخ ٢٣ مارس ٢٠٠٥م جرى عمل ملحق بهذا العقد يجيز رفع سقف مبلغ السحب على المكشوف ليصل الى ٢١٥٠٠ يورو وكان المبلغ المتاح هو ١٥ ألف يورو، وكانت محكمة الاستئناف قد رفضت الدفع بعدم القبول المستمد من السقوط لانقضاء مدة العامين وذلك لتجاوز الحد الأقصى المسموح به عند توقيع العقد في ١٣ مارس ٢٠٠٠ منذ شهر ديسمبر ٢٠٠٢م، وأخذ ملحق العقد المبرم في ٢٥ مارس ٢٠٠٥ بالرصيد السابق وحل محل العقد الأصلي.

فقضت محكمة النقض بأن إبرام هذا الملحق لا يعني التنازل عن السقوط المقرر بنصوص وأحكام النظام العام في نص المادة ٣/٣١١ من قانون الاستهلاك في صيغتها السابقة على الصيغة المعدلة بقانون رقم ٧٣٧ لسنة ٢٠١٠ والذي لا يجوز التنازل عنه إلا بطريقة غير غامضة بشرط أن تكون المدة قد اكتملت وقد خالفت محكمة الاستئناف هذا النص برفض تطبيقه(٣).

---

(١) انظر:
Ana-Juanita (G) : **Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence**, op. cit., p.49.

(٢) حكم محكمة النقض الفرنسية رقم ١٢٢٢ الصادر في ١٥ ديسمبر ٢٠١١م، الدائرة المدنية الأولى:
Arrêt n° 1222 du 15 décembre 2011 (10-10.996) - Cour de cassation - Première chambre civile, at website of "Cour de cassation" http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1222_15_21778.html.

(٣) ويجري نص هذا الحكم بلغته الأصلية على النحو التالي:
" Qu'en statuant ainsi alors que la seule souscription d'un tel avenant ne pouvait emporter renonciation à se prévaloir de la forclusion édictée par les dispositions d'ordre public du texte susvisé, auxquelles il ne peut être renoncé que de façon non équivoque pourvu que le délai soit accompli, la cour d'appel l'a violé par refus d'application".

إذاً فالنظام العام هو صمام أمان المجتمع الذي من خلاله يمكن المحافظة على مصالح الأفراد والمجتمع في آن واحد، لذلك فالنظام العام يعطي للمستهلك الأمان في تعاقداته مع المهني الذي يمثل الطرف القوي في العقد والذي قد يستغل هذه المكانة ليملي شروطاً مجحفة بحق المستهلك فيأتي النظام العام ليعيد االتوازن العقدي بين الطرفين باستبعاد تلك الشروط المجحفة[١].

ثالثاً: تقييم دور النظام العام في حماية المستهلك الالكتروني

لما كانت فكرة النظام العام في مجال حماية المستهلك تتمثل في استبعاد القانون الأجنبي لصالح قانون القاضي، فإن إعمال هذا الأخير قد يكون مضراً بالمستهلك وذلك؛ أن قانون القاضي ليس هو الأفضل دائما لحماية المستهلك، فقد يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتضمن ذات الحماية في قانون القاضي أو تفوق عليها، وهنا لايوجد مبرر لإعمال النظام العام الذي يؤدي إلى إستبعاد هذا القانون لمجرد تجاهله لمسالة معينة تعتبر من النظام العام في قانون القاضي[٢].

كما أن إعمال فكرة الدفع بالنظام العام قد يؤدي إلى الإضرار بحماية المستهلك ذاته، وذلك باستبعاد القانون الأجنبي وحرمان المستهلك من حماية أفضل يوفرها له القانون الأجنبي. وعلى ذلك، يجب قصر إعمال الدفع بالنظام العام على استبعاد القانون الأجنبي الذي يضر بمصالح المستهلك ويتضمن حماية غير كافية له[٣].

ويكون هذا الحل أكثر وضوحاً في عقود التجارة الالكترونية ومنها عقود الاستهلاك حيث تتسع الهوة بين التشريعات المختلفة التي تعاطت مع مضامين التجارة الالكترونية. ومن ثم، فإن القواعد التي يتضمنها القانون الأجنبي قد تكون أكثر حماية وفاعلية في مجال حماية المستهلك الالكتروني من مثيلاتها في قانون القاضي الذي ينتمي لأحد الدول الأقل تقدماً. مما يعني أن إعمال النظام العام في هذه الصورة قد يمثل إضراراً بالغاً بالمستهلك الالكتروني.

---

(١) انظر؛

Ana-Juanita (G) : **Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence**, op. cit., p.56.

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل؛ حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٣٣.

(٣) المرجع السابق، ص٢٣٤.

المطلب الثاني
قواعد البوليس وحماية المستهلك الالكتروني

إذا كانت قواعد النظام العام تعمل على استبعاد القانون المختص عند مخالفته للأسس التي يقوم عليها المجتمع وإحلال قانون القاضي محله، فإن قواعد البوليس تعمل وبشكل مباشر دون أن تبحث مدى مخالفة هذا القانون من عدمه كما هو الشأن في قواعد النظام العام[(١)(٢)].

وعلى ذلك فإنه يلزم بيان ماهية قواعد البوليس ومعايير تحديدها (أولاً)، وما الدور الذي تلعبه قواعد البوليس في مجال حماية المستهلك الالكتروني(ثانياً)، وصولاً إلى تقييم دور قواعد البوليس في حماية المستهلك الالكتروني(ثالثاً).

أولاً: ماهية قواعد البوليس ومعايير تحديدها

- **تحديد مضمون قواعد البوليس[(٣)]:**

تتدخل الدولة من أجل حماية النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي لها بسن مجموعة من القواعد الداخلية الآمرة، تطبق على العلاقة الدولية بالنظر إلى

---

(١) وقد عبر عن ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم في رسالته الموسومة ب " قواعد البوليس في القضاء الوطني وقضاء التحكيم"، حيث يقول سيادته" إن قواعد البوليس تعمل بطريقة مُبْتَدِأة وهذا يؤدي إلى قتل تنازع القوانين في المهد، وذلك باستبعاد القانون الأجنبي منذ البداية"، انظر رسالة سيادته:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, pour le doctorat en droit, Universte de Bourgogne, 2003, p.73. *“le mécanisme d'intervention des lois de police et de l’ordre public interdit toute concurrence entre eux. La loi de police est utilisée comme préliminaire.. ce qui a pour effet de tuer le conflit de dans l’œuf en excluant ab initio la designation d’une loi étrangère.“*

(٢) قارن في هذه الفكرة مع:

Mohammad Reza Baniassadi: **Do Mandatory Rules Of Public Law Limit Choice of Law In International Commercial Arbitration?**, Berkeley Journal of International Law, Volume 10, Issue 1, Article 2 1992, p.62.

(٣) في تاريخ قواعد البوليس وتطورها في القانون المصري والفرنسي أنظر رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.16, Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.2.

إرادتها في التطبيق ومستقلة عن تحديد حالات تطبيقها بواسطة قاعدة التنازع[(١)]، حيث إن مجال تطبيقها يتحدد بصفة أساسية بالنظر إلى الهدف من هذا التطبيق[(٢)]، كتلك القواعد التي تضعها الدولة لحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية كالمستهلك[(٣)]، ويبدو ذلك واضحاً في العقود المصرفية التي يظهر فيها تدخل الدولة بشكل واضح[(٤)]، وتمثل هذه القواعد قيداً على إعمال قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، وهو قانون الإرادة حيث لا يعتد بهذا الاختيار متى خالف هذه القواعد[(٥)].

ويعرف البعض هذه القواعد بأنها" القواعد التي قد تلازم تدخل الدولة التي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أياً كانت طبيعتها وطنية أو ذات طابع دولي"[(٦)(٧)].

---

(١) انظر:

Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.67.

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٣٧، وفي القواعد الآمرة بصفة عامة، انظر:

Scott Dodson: **Mandatory Rules**, Stanford Law Review at 61 STAN. L. REV. 1 (2008), p.10.

(٣) فهناك قواعد آمرة وضعت بشكل خاص لحماية المستهلك كتلك القواعد التي وردت في قوانين الاستهلاك، والتوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الالكترونية ٢٠٠٠م، وهناك قواعد آمرة وضعت لتامين الحماية لكافة المتعاملين، ويستفيد منها المستهلك، مثل القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية؛ للمزيد انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.195.

(٤) للمزيد في تنظيم مثل هذه العقود انظر: د. عصام الدين القصبي: النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، مرجع سابق، ص٨٣.

(٥) فالقواعد الآمرة تمثل حمايةً لطرف معين لسبب ضعفه وعجزه كما هو الحال بالنسبة للمستهلكين والعمال والمستأجر والمستثمر أو حتى ضعف الأطراف في بعض العقود التجارية كالوكلاء وهو كذلك في قوانين الأسرة كحماية القصر، بالإضافة إلى وضعها العام والمتمثل في حماية الآداب العامة والسياسة العامة للدولة والأمن العام، وهو كذلك حماية للتراث الوطني وحماية الملكية الفكرية والصناعية والتجارية وغيرها.

(٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري، مرجع سابق، ص٧٢.

(٧) انظر:

Mohammad Reza Baniassadi: **Do Mandatory Rules Of Public Law Limit Choice of Law In International Commercial Arbitration?**, op. cit, p.63.

بمعنى أن هذه القواعد هي قواعد موضوعية موجودة في النظام القانوني الوطني والذي يضع طابعها الآمر حداً يقتضي إعمالها على المسائل التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن نوع العلاقة دولية أو وطنية[(١)].

وبذلك يمكن الوقوف على خصائص قواعد البوليس[(٢)]، التي نورد أهمها على النحو التالي:

١. إن قواعد البوليس لا تعد تنظيماً بمجمله، ولكنها تحكم حالة معينة في موضوع محدد.
٢. إنها ذات طبيعة إقليمية من حيث تطبيقها، وعلى هذا الأساس فإنها تطبق على كل من يوجد بإقليم الدولة التي أصدرتها، سواء كانوا وطنيين أو أجانب مقيمين[(٣)].
٣. لا يعطي قانون البوليس مزايا ولا يورد قيوداً فقط على الأجانب أو الوطنيين فقط، فهو عبارة عن قواعد لها طبيعه موضوعية مادية أو استثنائية، مقارنة بالمبدأ العام، وهذا الاستثناء ضروري وحتمي ويعتبر الوسيلة الوحيدة لضمان بعض المصالح الخاصة.

- **معايير تحديد قواعد البوليس**

اختلف الفقه حول معيار تحديد قواعد البوليس ذات الطبيق الضروري الذي يمكن من خلاله الكشف عن هذه القواعد في حال لم يحدد المشرع هذه القواعد. وعلى ذلك فإن هناك معياراً تشريعياً، وأخرى فنية، وغائية، وأخيراً المعيار الموضوعي أو الوظيفي. نعمل على دراستها إجمالاً لا تفصيلاً بما تتطلبه مقتضيات هذه الدراسة:

١. <u>المعيار التشريعي</u>

في ظل هذا المعيار يرى غالبية الفقه أنه ليس هناك صعوبة في تحديد قواعد البوليس، حيث يحدد المشرع بإرادته الصريحة أو الضمنية بأن القانون الذي يضعه

---

(١) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٠م، ص٢٤.

(٢) راجع في ذلك رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنهم زمزم:
Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.47.

(٣) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٧٩.

من قوانين البوليس، وذلك بتحديد نطاق سريانه من حيث المكان[١]، فعادة ما يحدد المشرع مجال تطبيق هذا القانون بنفسه من حيث المكان على كافة المراكز التي تدخل في إطار سريانه المكاني دون حاجة إلى إعمال قواعد الإسناد مزدوجة الجانب[٢].

ويحدد المشرع النطاق المكاني لقوانين البوليس على أسس تقوم على معايير معينة مثل " الإقامة" أو " التوطن" أو " محل التنفيذ" أو " محل إصداره"، إلى غير ذلك من الأسس التي يلجأ إليها المشرع في سبيل تحديد نطاق سريان هذه القواعد[٣].

وبالرغم من وضوح هذا المعيار إلا أنه قد تعرض للنقد من جانب الفقه، ذلك أن تحديد المشرع لمجال تطبيق قانون معين من حيث المكان لا يعني أنه أراد جعله قانون بوليس[٤]، ويضرب هذا الفقه مثالاً لذلك المادة ٢/٣ من القانون المدني الفرنسي التي تحدد أن القانون الفرنسي وحده دون سواه يكون واجب التطبيق على العقارات الكائنة في الإقليم الفرنسي، ومع ذلك فإنها لا تعد من قواعد البوليس التي تعني امتداد تطبيقها خارج الحدود الفرنسية.

بمعنى" أن الاعتماد على التحديد التشريعي لقوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري يؤدي إلى التضييق في مجال إعمال هذه القواعد[٥]، حيث يصبح إعمالها مرهوناً بوجود نص تشريعي، وهو ما يؤدي إلى ندرة قوانين البوليس في العديد من المجالات التي تتطلب وجود هذا النوع من القوانين الآمرة التي تطبق أياً كان القانون الواجب التطبيق"[٦].

ويعلق على ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم، حيث يقول سيادته:" إن قانون البوليس يجب أن يكون دائماً من طبيعة موضوعية، وإذا كانت النصوص

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص" القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٢م، ص٤٥٣.

(٢) انظر:
Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.14.

(٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٤٠.

(٤) انظر في ذلك رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:
Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.25.

(٥) د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٦٣٧.

(٦) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٤٠.

ليس لها هذه الصفة فلا تعطي لها طابع قانون البوليس، وهذه القواعد ليس هدفها إحلال النصوص الموضوعية محل القواعد الموازية من النظام القانوني المعين بواسطة قاعدة التنازع"[١].

٢. <u>المعايير الفنية</u>

يذهب جانب من الفقه في محاولة لتحديد قواعد البوليس إلى تبَنّي معايير فنية مثل فكرة النظام العام وفكرة الإقليمية:

أ. فكرة النظام العام

يرى بعض الفقه أن القواعد الإقليمية القابلة للتطبيق مباشرة دون حاجة لمنهج التنازع هي في حقيقتها قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام[٢]، حيث " يؤدي الدفع بالنظام العام إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص عادة بموجب قاعدة التنازع عندما يتعارض هذا القانون مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي، ويطبق في هذه الحالة قانون القاضي على العلاقة المطروحة"[٣].

وفي الحقيقة هذه الفكرة تقود إلى التقريب بين قوانين البوليس والنظام العام في المهمة المنوطة بكل منها، حيث يسعى كلٌ من قواعد البوليس والنظام العام في حماية الأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة، وإن كانت بطرق مختلفة[٤].

وهذا ما جعل الفقه ينتقد هذه الفكرة حيث تؤدي إلى اتساع مضمون فكرة قوانين البوليس من ناحية، كما أنها تؤدي إلى غموض فكرة النظام العام ذاتها، من ناحية أخرى، بالرغم من أن قواعد البوليس والنظام العام تسعى إلى حماية المبادئ الأساسية في الدولة، إلا أنها تختلف من حيث طريقة إعمال كل منها[٥].

---

(١) انظر ما أورده سيادته في ذلك:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.25.

(٢) انظر:

Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules ,** op. cit., p.15.

(٣) في عرض هذه الفكرة انظر: د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٤٥.

(٤) سوف يأتي التفريق بين النظام العام وقواعد البوليس فيما بعد انظر: ص١٦٥.

(٥) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٨٥.

ب. فكرة الإقليمية

تنطلق فكرة الإقليمية من فكرة ارتباط القوانين بإقليم الدولة التي وضعتها، فهي تطبق داخل إقليم هذه الدولة لتحقيق المصلحة العامة لها[١]. ومن ثم، فإنه على هذا النحو تكون الإقليمية هي المعيار الذي من خلاله يمكن الكشف عن هذه القوانين وتحديدها[٢].

بيد أن هذه الفكرة قد قوبلت بالنقد، فهي فكرة غامضة وغير واضحة[٣]، إذ يصعب في ظلها تحديد القوانين التي تكون مرتبطة باقليم الدولة أو غير المرتبطة، خصوصاً أنه يمكن تطبيق قواعد البوليس التي تشير إليها قاعدة التنازع أو حتى تلك الموجودة في قانون آخر له صلة وثيقة بالعلاقة المعروضة[٤]. وسوف يأتي الحديث عن ذلك في فقرات لاحقة من هذا المطلب.

ومن ثم، فليس كل قانون إقليمي يعد من قوانين البوليس بالضرورة، فقواعد موقع المال مثلاً لا تعد من قواعد البوليس رغم طابعها الإقليمي[٥]، ولا شك أن معظم القوانين التي تصدر عن مشرع دولة معينة تكون مرتبطة بإقليم هذه الدولة، ويراعى في إعداد هذه القوانين مصلحة الدولة وكذلك مصلحة رعاياها، ويترتب على اعتبار كل هذه القوانين من قواعد البوليس إلغاء دور قواعد التنازع مطلقاً[٦].

٣. المعيار الغائي

ينهض هذا المعيار من الهدف أو الغاية التي يتوخاها المشرع بسن هذا القانون الذي يهم المجتمع، فالهدف هو روح القانون، وهو الذي يعطي للقانون معناه ويميزه عن غيره من الأعمال من ذات النوع[٧]، ويرتكز مضمون المعيار الغائي على فكرتين: الأولى: تمثل مصلحة الدولة. والثانية: معيار تنظيم الدولة:

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري، مرجع سابق، ص١١٥.

(٢) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٨٢.

(٣) انظر:

Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.14.

(٤) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٨٤.

(٥) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٨٢.

(٦) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٤٤.

(٧) انظر في ذلك رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:

»

أ. فكرة مصلحة الدولة

ذهب البعض في توصيف قوانين البوليس بأنها القوانين التي تهدف إلى حماية مصلحة الجماعة دون تلك التي يكون هدفها وغايتها مصلحة فردية(١)، فقواعد البوليس تطبق على كافة الأشخاص والوقائع والتصرفات التي صدرت من أجلها(٢)، وتطبق فقط داخل إقليم الدولة ولا تمتد خارجها ولا تقبل في نطاقها إعمال أو تطبيق أي قانون أجنبي(٣).

بيد أن هذه الفكرة قد قوبلت بالنقد، ذلك أنه من الصعوبة بمكان التمييز بين القواعد التي تكون غايتها حماية مصلحة الجماعة وتلك التي تكون غايتها حماية مصلحة الفرد(٤). وهذا ما يعكس التداخل بينهما، فكيف يعلو أحدهما على الآخر(٥)، كما أن هذه القوانين التي تسعى للحماية الفردية كما يقولون لاتهدف حماية الشخص في ذاته وإنما كافة الافراد الذين تتوافر فيهم ذات الشروط، فمجموع مصالح الافراد يشكل جوهر المصلحة الجماعية(٦).

كما أن هذا المذهب قد خلط بين فكرة الاقليمية في صورتها التقليدية التي لا يتصور معها قيام تنازع القوانين، والمفهوم الحديث لفكرة الاقليمية التي تتمشى مع

»

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.30.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص" القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص٤٦٣.

(٢) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٨٣.

(٣) وقد أخذ بهذه الفكرة كثير من الفقه وبعض التشريعات، للمزيد انظر:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.32.

(٤) انظر:

Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.15.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة: مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص" القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص٤٦٤.

(٦) راجع في ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.35.

إمكانية إعمال قواعد البوليس على الوقائع التي تتم خارج الاقليم[١]، وهي إمكان تطبيق القاضي الوطني قواعد البوليس الأجنبية[٢].

ب. فكرة تنظيم الدولة

أخذ الفقية Franciscakis بنظرية تنظيم الدولة كمعيارٍ لتحديد قوانين البوليس حيث عرفها بأنها " القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم الأساسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة"[٣]، فقواعد البوليس بهذا الوصف هي قوانين تعكس فكرة التنظيم في الدولة[٤]، مما يوجب تطبيقها أياً كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية[٥].

ولم تلق هذه الفكرة أو المعيار ترحيب الكثير من الفقه، حيث إن من شأن إعمالها يؤدي إلى اتساع نطاق قوانين البوليس ذات التطبيق المباشر، والتي لا تقتصر على مجال علاقات القانون الخاص، بل تمتد لتشمل كافة روابط القانون الآخرى[٦]، فهذه الفكرة لا تقدم في ذاتها بيان حول طبيعة القوانين التي تهتم بتنظيم الدولة[٧]. فمؤدى هذه الفكرة أن قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص يمكن أن تكون قواعد ذات تطبيق مباشر وهو ما لم يقل به أحد[٨].

أضف إلى ذلك أن إعمال هذا المعيار يبدو صعباً ولا يمكن أن يغطي كل الفروض التي يجب أن يطبق فيها قانون القاضي أياً كان العنصر الأجنبي في العلاقة

---

(١) د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٦٥٥.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص" القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص٤٦٤.

(٣) مشار إليه في رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.35.

(٤) انظر:

Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.15.

(٥) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٤٩.

(٦) د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٦٥٧.

(٧) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٨٤.

(٨) راجع رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.38.

محل النزاع، حيث يجب على القاضي أن يتبين ما إذا كان قانون معين يتعلق بالمصلحة الاجتماعية والاقتصادية للدولة، وكذلك الهدف الذي يسعى هذا القانون إلى تحقيقه[١].

٤. المعيار الوظيفي أو الموضوعي

يذهب جانب من الفقه -جدير بالتأييد- إلى أن أهم ما يميز قواعد البوليس هي تلك الصلة التي تربط بين مضمون هذه القاعدة وأهدافها من جهة وبين وظيفتها وغاياتها من جهة أخرى[٢]. " فالعبرة في تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري هي بوظيفة la function تلك القواعد في النظام القانوني الذي تشكل جزءاً فيه. أي بتكفلها بالتأكيد على المصالح الضرورية والجوهرية اللآزمة لقيام وتماسك ذلك النظام. أي لولا تلك الوظيفة ما كان هناك داعٍ لوجودها اكتفاءً بالقواعد القانونية العادية والمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني"[٣].

ومن ثم، تعد قواعد البوليس استثناءً على القواعد العامة في دولة معينة، ومن ناحية الغاية، فإن هذه القوانين تهدف إلى حماية المجتمع ضد القلاقل الاجتماعية والاقتصادية وكل ما يمس السكينة العامة والسلام الاجتماعي[٤]. فهذه القواعد القانونية توجد حيث يوجد تدخل الدولة- ولو بقدر- وتعمل على إشباع وحماية مصالح أفرادها باعتبارهم كذلك[٥].

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٤٩.

(٢) انظر في هذا الاتجاه رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم السابق الإشارة إليها ص٤٣، د. أحمد عبد الكريم سلامة: مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص" القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص٤٧٤، د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٦٦٢.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص" القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص٤٧٤.

(٤) انظر رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.43.

(٥) للمزيد من الأمثلة على تدخل الدولة، انظر ما سطره أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم في رسالته السابق الإشارة إليها، ص٤٤.

ثانياً: دور قواعد البوليس في حماية المستهلك بصفة عامة

إن من الثابت في مجال العقود الدولية بصفة عامة أنها تخضع لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية[١]، أما في حال عدم وجود هذا الاختيار من جانب الأطراف فإن العقد يخضع للقانون الأوثق صلة بالنزاع[٢]. وفي مجال عقود الاستهلاك فإن العقد يخضع لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك في حال عدم وجود لإرادة الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[٣].

وفي ظل ذلك فإنه قد توجد قواعد لها الطابع الآمر" قواعد البوليس" يتوجب تطبيقها حماية للطرف الضعيف في العقد بطريقة مباشرة[٤] على عكس ماهي عليه قاعدة التنازع[٥]. ويترتب على كون هذه القواعد آمرة أو من قواعد البوليس، ذات التطبيق المباشر، وجوب تطبيقها بالأولوية على أحكام القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية بالنسبة إلى القاضي[٦][٧].

وتتدخل الدولة بقصد حماية الطرف الضعيف في العقد بسن قواعد تتعلق بحمايته، وتكون لها الطابع الآمر، كتلك القواعد المتعلقة بحماية المستهلك بشتى صورها[٨]. مثل حمايته في عقود الائتمان، والإقراض، والنقل، وهو كذلك بالنسبة

---

(١) انظر:
Mohammad Reza Baniassadi: **Do Mandatory Rules Of Public Law Limit Choice of Law In International Commercial Arbitration?,** op. cit, p.60.

(٢) انظر ما سبق بيانه في ضوابط الإسناد التقليدية، ص٨٧.

(٣) راجع ما سبق في ضابط موطن المستهلك، ص١١٠.

(٤) انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.200.

(٥) انظر:
Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.3.

(٦) د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولي، مرجع سابق، ٥١٨.

(٧) قارن في ذلك:
John O'Brien: **Conflict Of Laws**, op. cit., p.351.

(٨) انظر:
Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.67.

للغش التجاري، وإعلام المستهلك، وحماية الحق في الخصوصية، وبيوع التقسيط، وحمايته من الشروط التعسفية بشتى صورها وأشكالها...إلخ(١).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي المعروض أمامه النزاع هو الذي يكشف ما إذا كانت هناك قواعد ضرورية التطبيق يلزم إعمال أحكامها على العلاقة المعروضة وهو في بحث ذلك يكون بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: أن تكون قواعد البوليس ضرورية التطبيق وطنية صادرة عن مُشَرِّع الدولة التي ينتمي إليها القاضي نفسه. ولا شك هنا أن القاضي في هذا الفرض يقع عليه التزام مطلق بتطبيق هذه القواعد، إذ لايستطيع إلا الالتزام بأوامر مُشَرِّعَه. ومن ثم، تطبيق القواعد الآمرة المنظمة المعروضة أمامه، حتى وإن كان القانون الواجب التطبيق الذي اشارت إليه قاعدة الإسناد قانوناً أجنبياً(٢).

الفرض الثاني: أن تكون القاعدة الآمرة أو قواعد البوليس منتمية إلى القانون الأجنبي الذي أشارت إلى إختصاصه قاعدة الإسناد، وهنا لا لبس في أن القاضي سوف يطبق القانون الواجب التطبيق على العلاقة المعروضة عليه ككل لا يتجزأ، ومنها قواعد البوليس(٣).

الفرض الثالث: هو أن تكون قواعد البوليس منتمية إلى قانون دولة ثالثة(من الغير) لها صلة أو ارتباط وثيق بالنزاع المعروض على القاضي(٤)، ولم تعط قاعدة الإسناد المعنية الاختصاص لهذا القانون، وإنما عقد الاختصاص لقانون آخر. وهنا يثور التساؤل حول مدى انطباق هذه القواعد على النزاع المعروض؟.

---

(١) للمزيد انظر:

Hervé Jacquemin: **Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel**, op. cit., p.15.

(٢) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٠٠.

(٣) راجع رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.116.

(٤) انظر:

Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.67.

التساوي في إعمال قواعد البوليس الوطنية أو الأجنبية في مجال حماية المستهلك

يجيب الفقه عن ذلك بالقول بتساوي إعمال هذه القواعد(١)، إذ إن تطبيق القاضي للقواعد الآمرة الأجنبية في المنازعات المعروضة عليه يسير مع القواعد الراسخة في مجال العلاقات الدولية وقواعد القانون الدولي الخاص كقاعدة الإحالة وتنفيذ الأحكام الأجنبية(٢)، ويرى أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم في رسالته أن تطبيق هذه القواعد يرجع إلى قاعدة تنازع مفردة الجانب، حيث يرى سيادته أن قاعدة التنازع مفردة الجانب هي الطريق الصحيح لتحديد قواعد البوليس في دولة من الغير. بحيث أن يشمل هذا القانون المركز محل النزاع في مجال تطبيقه، المحدد بذاته، بشكل مفرد الجانب(٣).

فقواعد البوليس الأجنبية قد وضعت أساساً لتحقيق هدف ضروري لازم لحماية مجتمع الدولة وحماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي تقوم عليها. وعليه، فإن هذه القواعد لا تكون واجبة التطبيق إلا في الفروض التي يتحقق فيها

---

(١) وقد وجد رأي في الفقه يرفض هذا الإعمال استناداً إلى أن هذه القواعد الآمرة هي قواعد إقليمية، إلا أن الفقه الحديث يرفض هذه الفكرة ويرد عليها، بأنه حتى وإن كان القانون إقليمياً إلا أنه لا يعني إطلاقا أنه غير واجب التطبيق بواسطة القاضي الأجنبي، ومن ناحية ثانية: إن اصطلاح الإقليمية اصطلاح غامض وواسع فقد يكون القانون إقليمياً بالنظر إلى موضوعه، وقد يكون إقليمياً باعتبار نطاقه ومجال تطبيقه، وقد يكون إقليمياً كمرادف لقانون القاضي. ومن ناحية ثالثة: يلاحظ أن معظم النظم القانونية المقارنة لم تتبن قاعدة الإقليمية كأساس لحل تنازع القوانين بل تبحث في وجود مبادئ تخرج عنها.

وأما من رأى أن هناك قواعد آمرة ذات طابع سياسي فهو قول مجافٍ للواقع العملي حيث لم يدل الواقع العملي أن هناك طائفة مستقلة من القواعد القانونية يمكن أن يطلق عليها القوانين السياسية والاستناد إلى الطابع السياسي يرفض تطبيق هذه القوانين أمر منتقد وغير جدير بالتأييد. للمزيد في هذه الآراء ومعايير تحديد مثل هذه القواعد انظر: د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي، ص٤٠ وما بعدها، د. أبو العلا النمر: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٦٦، وفي الفقه الأجنبي انظر:

Andrea Bonomi; **Mandatory Rules in Private International Law**, The quest for uniformity of decisions in a global environment,Yearbook of Privat International Law Vol. I – 1999, p.222.

(٢) انظر:

Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.18.

(٣) انظر مزيداً من التفصيل في ذلك رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.135.

مساس بتلك الأسس[١]. ومن ثم، فلا يستطيع القاضي إعمالها إلا داخل النطاق الذي حدده المشرع الأجنبي الذي وضعها[٢].

ولكن يبقى السؤال هنا هل تطبيق القواعد الآمرة الأجنبية مطلق أم أن هناك شروطاً يجب أن تتوافر للقول بذلك؟ والحقيقة أن هناك شرطين مهمين يجب أن يتوافرا في القواعد الآمرة الأجنبية للقول بتساوي إعماله مع القواعد الآمرة في قانون موطن المستهلك أو القاضي:

١. **أن تكون ذات طابع إلزامي أو آمر وأن يكون القانون المختار قد أخل بها[٣]، وهذا شرط منطقي إذ إن القانون المختار قد يكون أكثر حماية للمستهلك مثلاً من تلك القواعد الآمرة المراد تطبيقها.**

٢. **أن يكون هناك مصلحة مشروعة من تطبيق هذه القواعد الآمرة[٤]، وهذا الأمر على خلاف ما كانت عليه اتفاقية روما ١٩٨٠م في المادة ٢/٧ حيث كانت تشترط العلاقة الوثيقة بين النزاع والدولة الأجنبية[٥]، وهذا الشرط لم يعد له مكان في ظل لائحة روما المادة ٣/٩ والتي جعلت من تطبيق تلك القواعد مرهوناً بالنتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها، بمعنى أن القاضي يفحص تلك القواعد الآمرة بالنظر إلى طبيعتها وما تحققه من نتائج إيجابية تصب في مصلحة المستهلك وأن تطبيقها مرهون بما تحققه من مكاسب للأخير[٦].**

---

(١) وهنا لاينبغي تطبيق مثل هذه القواعد واستبعاد إعمال القانون الأجنبي إلا إذا كان هناك سبب قوي يستدعي ذلك. انظر:

John O’Brien: **Conflict Of Laws**, op. cit., p.355.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص" القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص٥٩١.

(٣) للمزيد في التعليق على ذلك انظر:

Andrea Bonomi; **Mandatory Rules in Private International Law**, op. cit, p.234.

(٤) انظر:

Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.26&29.

(٥) وقد كان بعض الفقه ينتقد إشتراط الصلة الأوثق فيما يتعلق بتطبيق القواعد الآمرة حماية للمستهلك لأن ذلك سوف يخل بقواعد الحماية المقررة للمستهلك؛ للمزيد انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.206.

(٦) ويجري نص هذه الفقرة على النحو التالي:

«

وعلى ذلك فإن إعمال قواعد البوليس الأجنبية قد يزيد من تحقيق الحماية الخاصة للمستهلك، هذا من ناحية، كما أن من شأن ذلك أيضاً تحقيق انسجام الحلول الدولية من ناحية أخرى.

فأما عن تحقيق مزيد من الحماية للمستهلك، فإن القاضي قد يقبل تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع ويكون ذلك مُبَرّراً خاصة إذا كان هذا القانون متضمناً قواعد آمرة أو قواعد ذات تطبيق ضروري أكثر حماية للمستهلك من تلك الحماية المقررة وفقاً للقواعد الآمرة في قانون القاضي[(١)]، إذ إن اعتبار حماية المستهلك لا يتنافى مع تطبيق القواعد الآمرة التي تحمي مصالحه بصورة أفضل حتى ولو لم تكن منتمية أساساً إلى القانون المختص بحكم العلاقة العقدية التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، طالما أن الهدف النهائي هو تحقيق حماية أفضل للمستهلك[(٢)]، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الهولندية حيث قضت بأنه" قد يحدث بالنسبة لدولة أجنبية أن يكون مراعاة بعض قواعدها حتى خارج إقليمها ذا أهمية، بحيث يجب على القاضي الهولندي أن يأخذها في الاعتبار"[(٣)].

لذلك، فإن إعمال القواعد الآمرة في القانون الأجنبي يتماشى مع السياسة الحمائية للمستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد، على حين يؤدي الاستبعاد المجرد لهذه القواعد إلى إهدار السياسة الحمائية للمستهلك وحرمانه من مزايا أفضل يوفرها له القانون الأجنبي وهو ما يمثل خروجا عن مقتضيات العدالة في القانون الدولي الخاص[(٤)].

»

Art. 9/3 *"Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application ".*

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٧٦.

(٢) انظر:
Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.71.

(٣) الحكم الصادر في ١٣ مايو ١٩٦٦م مشار إليه لدى، د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢١٧.

(٤) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٧٧.

ويستطيع القاضي معرفة هذه القواعد الآمرة ذات الطابع الحمائي من خلال الروابط الجدية التي تربط المستهلك بهذه القواعد سواء وجدت في القانون الوطني أو القانون الأجنبي[١]، وهو ما يعني أن الأصل إعمال قانون الإرادة وأن هذه القواعد ما هي إلا قيد عليه في سبيل إعادة التوازن للرابطة العقدية، يستوي في ذلك تطبيق القواعد الآمرة في البلد الذي تم اختيار قانونه حتى ولو لم يصح هذا الاختيار، بمعنى أن القواعد الآمرة لها وظيفة سامية في تصحيح مسار الإرادة عندما يكون الاختيار من شأنه المساس بها[٢].

أما بخصوص أن إعمال هذه القواعد يحقق انسجام الحلول الدولية[٣]، فإن ذلك يتمثل في المعاملة بالمثل في تطبيق القواعد الآمرة وهو ما يسير عليه القضاء الوطني والدولي، فإن قيام القاضي المصري في صدد عقد استهلاك بتطبيق القواعد الآمرة في القانون الأجنبي أياً كان انتماؤه، يمني أو فرنسي أو انجليزي، وهو كذلك بالنسبة للقاضي الأجنبي في تطبيق القواعد الآمرة في القانون المصري من شأنه ضمان الحماية الفعالة للمستهلك أياً كان القاضي المرفوعة أمامه الدعوى، مما يعني أن هذا السلوك يفضي إلى حلول موحدة في مجال العلاقات الدولية[٤].

وهذا ما ينسجم مع ما جاء في الاتفاقيات الدولية كما هو الشأن في اتفاقية لاهاي ١٩٧٨م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوكالة في المادة ١٦ حيث تشير إلى أنه عند تطبيق الاتفاقية يمكن أن يعطي أثراً للنصوص الآمرة لكل دولة تحتفظ معها العلاقة برابطة جدية، وإذا كانت هذه النصوص وفقا لقانون تلك الدولة واجبة التطبيق أياً ما كان القانون الذي عينته قواعد الإسناد فيها[٥]. وهو كذلك في المادة ٢/٧ من اتفاقية روما ١٩٨٠م، والمادة ٩ من لائحة روما، وكذلك في اتفاقية البلدان الأمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية CIDIP-V ١٩٩٤م في المادة ١١[٦]، وهو في القانون الأمريكي وفق المادة ١٨٧ والقانون

---

(١) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٥.

(٢) للمزيد انظر:
Andrea Bonomi; **Mandatory Rules in Private International Law**, op. cit, p.225&227.

(٣) انظر في ذلك:
Andrea Bonomi; **Mandatory Rules in Private International Law**, op. cit, p.237&239.

(٤) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٧٧.

(٥) راجع نصوص الاتفاقية على الرابط التالي:
http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89

(٦) راجع نصوص الاتفاقية على الرابط التالي:
http://www.oas.org/cji/eng/ijc_current_agenda_CIDIP_VII.pdf

الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م وفق المادة ١٩، ونختم بالمادة ٣١ من القانون الدولي الخاص التركي الصادر في ٢٠٠٧م حيث يجري نصها على أنه" عندما يجري تطبيق القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة الناشئة عن العقد، فإنه يمكن تطبيق القواعد الآمرة الأجنبية في قانون دولة من الغير على هذه الحالة، متى ما كانت هذه القواعد مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالنزاع..."[١].

وعلى ذلك، فإن للقواعد الآمرة- تلك التي في قانون القاضي أو القانون الأجنبي- هدفين أساسيين ومتلازمين ويعملان جنباً إلى جنب في مجال حماية المستهلك، وهما حماية المستهلك في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة بكونها قيداً على هذه الإرادة[٢]، وفي نفس الوقت توفر الحد الأدنى واللازم لحماية المستهلك وهدف آخر بالنسبة للدولة ذاتها وهو حماية النظام العام الاقتصادي والسياسي والاجتماعي في الدولة، فأما حماية المستهلك في مواجهة سلطان الإرادة، فنجد أن القاضي يستطيع أن يستبعد القانون الواجب التطبيق والمختار من جانب الأطراف متى خالف هذا القانون قواعد الحماية المقررة للمستهلك، وأنقص من هذه الحماية المقررة له في قانون محل إقامته المعتادة[٣]، بل واعتبار أن هذا الاختيار من الشروط التعسفية[٤][٥].

---

(١) ويجري نصها باللغة الانجليزية على النحو التالي:

Art. 31“*When the law governing the relationship arising from the contract is being applied, the overriding mandatory rules of a third country may be given effect in the case where these rules are closely connected with the contract. Regarding giving effect to and applying or not applying the rules at issue, the purpose, nature, content and consequences of these rules shall be taken into consideration”.*

(٢) انظر:

Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law**, op.cit, p.125.

(٣) انظر:

Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.67&69.

(٤) انظر:

Teresa Rodriguez: **Applicable law and jurisdiction in electronic contracts**, op.cit, P.198.

(٥) وهنا يعلق الأستاذ John O’Brien ، حيث يقول" إن المستهلك يكون مستفيداً في الحالتين: حالة اختياره للقانون الذي يكون منا سبأ له، وفي نفس الوقت يعتمد على القواعد الآمرة - قواعد البوليس- في قانون محل إقامته المعتادة عندما تكون أكثر ملاءمة له":

John O’Brien**: Conflict Of Laws**, op. cit., p.363. *"Although this means that the consumer can blow hot and cold, using the chosen law when it suits him and relying on the mandatory rules of the law of his habitual residence when they are more favourable, so be it".*

ومعنى هذ أن المشرع يتدخل في معظم الدول لتبني قواعد آمرة لحماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن بين أطراف العقد، كما هو الشأن في قواعد حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية وشروط الإعفاء من المسؤولية التي يمكن أن يُضمنها الطرف القوي في العقود المبرمة مع المستهلكين أو على الأقل السعي إلى اختيار قانون يجيز مثل هذا الشرط[(١)].

أما الهدف الآخر فهو أن هذه القواعد تمثل الحد الأدنى من الحماية المقررة للمستهلك والتي لا يجوز النزول عنه بتطبيق قانون أجنبي أقل حماية له، وهذا الحد الأدنى يرى المشرع أنه ضروري لحماية المستهلك[(٢)]. وبالتالي، فإنه يفهم من هذا أن القانون الأجنبي المختار يكون أولى بالتطبيق متى كانت الحماية المقررة للمستهلك فيه أفضل بوصفه القانون الأكثر حماية للمستهلك[(٣)].

وعلى ذلك، فإنه لا يتنافى إعمال القانون الأجنبي الأكثر حماية للمستهلك مع الهدف الذي يسعى إليه المشرع من وراء تطبيق تلك النصوص الآمرة في قانونه، لأن الهدف من ورائها هو توفير الحد الأدنى من الحماية، ولا تنقص من تلك الحماية إذا طبق قانون أجنبي يحقق حماية أفضل للمستهلك[(٤)].

ومن ثم، فإذا ما عرض على القاضي نزاع يتضمن شرط اختيار القانون وكان هذا القانون المختار يحقق حمايةٍ أفضل للمستهلك، فإنه يطبقه دون تلك القواعد الآمرة التي تحمي المستهلك في قانون موطن هذا الأخير لما يتمتع به ذلك القانون من حماية أفضل للمستهلك تزيد عن الحد الأدنى المقرر في قانون موطنه أو محل إقامته[(٥)].

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٥٤.

(٢) انظر:

Giesela Rühl: **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**: op. cit, p.20.

(٣) انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction And Choice Of Law**:, op. cit, p.124.

(٤) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٥٥.

(٥) وقد كان بعض الفقه ينتقد اشتراط الصلة الأوثق فيما يتعلق بتطبيق القواعد الآمرة حماية للمستهلك لكون ذلك سوف يخل بقواعد الحماية المقررة للمستهلك؛ للمزيد انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.209.

ثالثاً: تقييم دور قواعد البوليس في حماية المستهلك الالكتروني

لاشك أن قواعد البوليس تمثل حماية متميزة لمن وضعت من أجله ومنهم المستهلكون، ويلتزم القاضي بإعمال كافة هذه القواعد سواء كانت من قواعد البوليس في قانون القاضي أو في القانون الأجنبي، غير أن فاعلية قواعد البوليس في مجال حماية المستهلك الالكتورني تتوقف على التفرقة بين الآلية التي يتم بمقتضاها حل هذا النزاع:

الفرض الأول: أن يتم تسوية هذا النزاع المتعلق بمعاملات الانترنت، من الآليات المستحدثة عبر شبكة الانترنت، بحيث يتم عرض كل ما يتعلق بالنزاع المطروح وجوداً وعدماً في إطار مجتمع الانترنت، ويجري تنفيذ الحكم الذي يصدر في هذا النزاع بذات الآلية في إطار هذا المجتمع وبأدواته[١].

وهنا لا شك أن الجهة المعروض عليها النزاع لن تلتفت لقواعد البوليس عند تصديها للفصل في مثل هذه المنازعات، وإنما سوف تُعمِل أدوات المجتمع الالكتروني وقواعده القانونية. ويلحق بهذا الفرض فرض آخر فيما لو كان تنفيذ الحكم يتصل بالمجتمع المادي في ظل الحدود الجغرافية، فإن قواعد البوليس سوف تكون محل اهتمام بالنسبة للجهة التي تفصل في مثل هذا النزاع إذ إن ذلك مرتبط بفاعلية الحكم ونفاذه[٢].

الفرض الثاني: في هذا الفرض يجري عرض النزاع المتصل بالعقد الالكتروني على القضاء العادي الوطني أو التحكيم التقليدي. ومما لاشك فيه أنه في هذا الفرض سوف يكون لقواعد البوليس مكانة خاصة أمام هذه الجهات، فالقاضي الوطني ملزم بمراعاة هذه القواعد عند بحثه للنزاع المعروض عليه وإلا كان حكمه مخالفاً للقانون.

وهنا نعرض حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ يوليو ٢٠١٢م[٣]، وذلك في نزاع متعلق بعقد استهلاك بين شركة أمريكية **Hewlett Packard** ومستهلكين فرنسيين، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن مستهلكين فرنسيين

---

(١) انظر ما سيأتي في التنفيذ الذاتي للأحكام الصادرة عن مراكز التحكيم الالكترونية، ص٣٣٦.

(٢) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٨٩.

(٣) حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية الأولى:
Arrêt n° 833 du 12 juillet 2012 (11-18.807) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI : FR : CCASS : 2012 : C100833, at website Cour de cassation, http://www.courdecassation.fr.

اشتروا عبر شبكة الانترنت أجهزة كمبيوتر عبر موقع الشركة على الانترنت، وقد تمسك المدعون بأن الشركة تقوم بتوزيع الأجهزة المعدة سلفاً والمزودة ببرنامج التشغيل وندوز Windows، ودفعت جمعية الدفاع عن المستهلكين Que Choisir أن هذا السلوك التجاري يخالف المادة ١/١٢٢ من قانون الاستهلاك الفرنسي، وطلبت في دعواها وقف بيع الأجهزة على موقع الشركة سابقة التجهيز ببرنامج التشغيل Windows دون السماح للمشتري بالتنازل عن هذا البرنامج مقابل تخفيض الثمن الذي يقابل تكلفة برنامج التشغيل.

وقد قضت المحكمة بأن بيع الحاسوب السابق التجهيز ببرنامج التشغيل دون السماح للمستهلك بشراء ذات الجهاز دون برنامج التشغيل يكون ممارسة تجارية غير مشروعة، واعتبرت المحكمة أن هذا العمل مخالفٌ للحيطة المهنية[١].

ومن الملاحظ أن المحكمة قد أعملت قواعد البوليس الموجودة في قانون القاضي والتي تلزم المهني بتقديم المعلومات الكافية حول قيمة العناصر الجوهرية للعقد مثل برنامج التشغيل والجهاز وسعر كل منهما، وإمكانية التفرقة بين العرضين، مع مكنة اختيار أحدهما دون الآخر، مما جعل ذلك "في مثل هذه القضية" مخلاً بحق المستهلك في الاختيار.

وفي حكم آخر لذات المحكمة طبقت المحكمة قواعد البوليس المتعلقة بإلزام كل مهني أن يتيح للمستهلك معرفة الخصائص الأساسية للعرض المقدم، وذلك في حكمها الصادر في ١٣ ديسمبر ٢٠١٢م[٢]، وهي بصدد تطبيق نص المادة ١/١١١ من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة ١٣١٥ من القانون المدني الفرنسي، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عقداً أبرم بين سيدة مع شركة VBOS Ecole Pigier على تدريبها على الكوافير

---

(١) وتجري عبارات الحكم على النحو التالي:

“Attendu que pour juger que la vente d’ordinateurs prééquipés d’un logiciel d’exploitation sans possibilité offerte au consommateur d’acquérir le même ordinateur sans le logiciel d’exploitation, constitue une pratique commerciale déloyale et interdire à la société de vendre sur son site Internet des ordinateurs avec logiciels d’exploitation préinstallés sans offrir à l’acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction de la fraction du prix correspondant au coût de leur licence d’utilisation,l’arrêt retient d’une part, que cette pratique est contraire aux exigences de la diligence professionnelle puisque la société,”.

(٢) حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية الأولى:

Arrêt n° 1438 du 13 décembre 2012 (11-27.766) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2012:C101438, at website Cour de cassation, http://www.courdecassation.fr.

وأعمال التجميل لسنة ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ودفعت للشركة مبلغاً جزافياً. وقد قررت السيدة وقف متابعة الدروس لأنها لا تحقق توقعاتها وطلبت من الشركة رد باقي المبلغ المدفوع، وقد ادعت السيدة بنقص المعلومات من جانب الشركة والطابع التعسفي للشرط الوارد في العقد الذي يُلْزِمُها بدفع كامل المبلغ الجزافي مقدماً. في ذات الوقت دفعت الشركة بأنه لا يجوز للمدعية فسخ العقد وأنها قد علمت بكامل ماورد في نشرة التسجيل ووقعت على الالتزام بالشروط التي قبلتها صراحة.

فقضت المحكمة بأن هذا الشرط ينشئ عدم توازن في العقد وهو ضار بالتلميذة ومخل بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف، وأن الشرط التعاقدي الذي يجعل الثمن الإجمالي للتلميذه جزافياً مكتسب كلية للمدرسة بمجرد توقيع العقد دون استثناء حالة فسخ العقد لسبب مبرر ومشروع وجوهري، قد خالف النص المذكور[1].

الخلاصة

رأينا أن النظام العام وقواعد البوليس يعملان معاً على حماية المجتمع وضبط نشاط الأفراد المقيمين فيه، وقد مر بنا أهمية دور كلٍ منهما في مجال حماية المستهلك، إلا أننا هنا نفضل أن نعقد مقارنة بين كلٍ من النظامين وصولاً لتفضيل أحدهما على الآخر:

١. <u>التفرقة بين قواعد البوليس وقواعد النظام العام</u>

يمكن الوقوف على الفوارق الرأيسة بين كل من النظام العام وقواعد البوليس وذلك من حيث، المحتوى، والآلية، وقوة الطابع الآمر لكل منهما، وطبيعة انطباق كل منهما:

أ. من حيث المحتوى

إن قواعد النظام العام تتعلق بالقيم الطبيعية الأساسية المتعلقة بالتركيبة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والاخلاقية في الدولة، وأن عدم تطبيق هذه القواعد سوف يؤدي إلى فقد هذا القانون سبب وجوده وفاعليته، أما قواعد البوليس فإنها ذات محتوى موضوعي إستثنائي لضمان بعض الاعتبارات

---

(١) وتجري عبارات الحكم على النحو التالي:

"Qu'en statuant ainsi, alors qu'est abusive en ce qu'elle crée, au détriment de l'élève, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, la stipulation contractuelle qui fait du prix total de la scolarité un forfait intégralement acquis à l'école dès la signature du contrat et qui, sans réserver le cas d'une résiliation pour un motif légitime et impérieux, ne permet une dispense partielle du règlement de la formation qu'en cas de force majeure, la juridiction de proximité a violé le texte susvisé ;".

الاقتصادية والاجتماعية في حالة محددة تفقد السياسة التشريعية جزء من فاعليتها[١].

ب. آلية تدخل كلٍ منهما

إن قوانين البوليس تتدخل في مرحلة سابقة ويجب أخذها في الاعتبار حتى قبل الاستدلال التنازعي[٢]، بمعنى أنها تعمل على استبعاد تعيين القانون الأجنبي منذ البداية[٣]. أما النظام العام فهو دفع لاحق ولا يتدخل إلا أثناء الاستدلال التنازعي، فهو يفترض تطبيق قاعدة التنازع التي تشير إلى قانون أجنبي يشمل حلولاً غير مقبولة في دولة القاضي، فيأتي النظام العام ويتدخل لصالح قانون القاضي باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق[٤].

ج. اختلافهما من حيث قوة الطبيعة الآمرة لكلٍ منهما

إن القوانين في القانون الدولي الخاص يمكن تصنيفها بشكل هرمي من القوانين ذات الطابع الآمر المطلق، وقوانين لها طابع آمر متوسط، وقوانين لها طابع آمر بسيط:

١. الطابع الآمر المطلق: وهذا يكون لقواعد النظام العام، " حيث لا تقبل أي استثناء في تطبيقها، ولهذا فإن الدولة تدفع تلقائياً بالدفع بالنظام العام عندما يتضمن القانون الأجنبي أحكاماً تصطدم بها، مع مراعاة الرابطة بين النزاع والدولة سواء كان عند نشأة الحق أو عند تنفيذه، ولا يجب أن يكون هناك أي إسناد خاص. ومن ثم، فإن تطبيقها يكون ضرورياً وعاماً"[٥].

---

(١) للمزيد انظر رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:
Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.72.

(٢) انظر:
Nicolas Soubeyrand: **Mandatory Rules** , op. cit., p.7.

(٣) للمزيد انظر رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:
Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne,** op. cit., p.72.

(٤) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٩١.

(٥) انظر رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:
Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.74., *" Ces lois d'ordre public n'acceptent aucune exception. C'est pourquoi on constate qu'une loi étrangère, quelle qu'elle soit, contient des dispositions se heurtant à ells, abstraction faite du lien entre lui et le litinge en question, soit lors de la naissance ou de l'exécution du droit. Aucun rattachement special n'est nécessaire, donc leur application est universelle. C'est la raison pour laquelle chaque Etat examine la conformite des sentences étrangères avec les lois d'ordre public".*

٢. الطابع الآمر المتوسط: وهذا يكون لقوانين البوليس، حيث يتطلب المشرع أن تطبق إجبارياً على كل من يسكن إقليم الدولة، أياً كانت جنسيتهم. وبناء على ذلك، لا يكون تطبيقها عاماً ويكون حدودها في الإقليم الوطني. ومن ثم، فإن قوانين البوليس لا تطبق باعتبارها كذلك إلا إذا كان هناك إسناد يبرر ذلك[١]. وهذا بعكس النظام العام الذي له امتداد إلى خارج حدود الإقليم باستبعاد القانون الأجنبي.

٣. الطابع الآمر البسيط: وهو الذي يكون لأغلبية القوانين خاصة القوانين التي يحدد المشرع بالنسبة لها مجالاً لتطبيقها من حيث المكان، حيث يمنحها مجال تطبيق استثنائي، بشكل غير معتاد. ولا تطبق هذه القوانين إلا إذا كان النظام القانوني الذي تنتمي إليه مختصاً بشكل طبيعي[٢].

د. إختلاف الدور الذي يؤديه كل منهما

فالنظام العام يلعب دوراً سلبياً يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي، ودوراً إيجابياً يتمثل في تطبيق قانون القاضي[٣]، في حين أن قواعد البوليس تتدخل مباشرة. ولذا فإن دورها يكون أساساً إيجابياً[٤]. ومن ثم، فإن تطبيق قواعد البوليس يجب أن يكون كاملاً، أما النظام العام فهو يطبق بشكل تناسبي في حدود الاعتداء الواقع عليه[٥].

٢. <u>أفضلية قواعد البوليس في حماية المستهلك</u>

بعد دراسة فكرة النظام العام وفكرة قواعد البوليس وبيان دور كل منهما في مجال حماية المستهلك، وانتهينا إلى إعمال مقارنة بين هاتين الفكرتين، نخلص إلى أفضلية قواعد البوليس على قواعد النظام العام في مجال حماية المستهلك، وذلك لتحقيقها عنصرين مهمين:

---

(١) للمزيد انظر: أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم،

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.75.

(٢) انظر أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم في رسالته: السابق الإشارة إليها، ص٧٥.

(٣) د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١٩١.

(٤) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣١٠.

(٥) انظر رسالة أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:

Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.77.

العنصر الأول: إن قواعد البوليس وجدت لتوفير الحماية الفردية في المقام الأول، ومن ضمن ما وجدت من أجله هو حماية المستهلك، فمهمتها إذا وقائية وليست علاجية، حيث تعمل مبتدأة على حماية الطرف الضعيف في العقد[(١)].

وهذا على عكس النظام العام الذي يهدف إلى حماية المبادئ الأساسية والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية في دولة القاضي، ونتيجة إعماله هو استبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع هذه المبادئ أو القيم السائدة في دولة القاضي. ومن ثم، فدور الدفع بالنظام العام هو تصحيح مسار قاعدة الإسناد، أي أنه علاجي[(٢)].

وبالرغم من أهمية دور النظام العام في حماية المستهلك لكونه الطرف الضعيف في العقد، إلا أنه يبقى قاصراً عن توفير أكبر حماية للمستهلك، إذ إنه من الممكن أن يكون هناك قانون غير القانون المختص أصلاً يوفر مثل هذه الحماية بقواعد بوليس أو ذات تطبيق ضروري، إلا أن قاعدة الإسناد في دولة القاضي لم تسند إليه الاختصاص بالرغم من وجود صلة وثيقة بينه وبين العقد محل النزاع.

وهنا لا يمكن بلوغ هذه الحماية إلا من خلال تطبيق منهج قواعد البوليس[(٣)]، والتي تعطي لقواعد البوليس الأجنبية فرصة تطبيقها على النزاع متى تحققت الشروط السابق الإشارة إليها.

العنصر الثاني: تعمل قواعد البوليس على تطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك، حيث تتمثل قواعد البوليس في قانون القاضي الحد الأدنى من الحماية المقررة للمستهلك وذلك في تعاقده مع المهني والتي لا يجوز له النزول عنها وذلك بتطبيق قانون أجنبي أقل حماية للأول[(٤)].

وعلى ذلك، فإن قواعد البوليس تمثل إسناداً أو قيداً على مبدأ سلطان الإرادة، حيث يتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد من إستئثار الطرف القوي بشروط العقد[(٥)].

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٩٤.

(٢) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣١١.

(٣) راجع في ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:
Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.135.

(٤) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٩٥.

(٥) انظر أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم:
Abdel Moneem Zamzam: **Les Lois de Police dans la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne**, op. cit., p.44.

بمعنى أنه يمكن تطبيق القانون الأجنبي المختص وكذلك قواعد البوليس في هذا القانون متى كانت أكثر حماية للمستهلك من الحماية التي تقررت بموجب قواعد البوليس في قانون دولة القاضي(١) .

وهنا ترجح كفة قوانين البوليس في مجال حماية المستهلك عن قواعد النظام العام، حيث تتسم بالمرونة اللآزمة التي تمكن القاضي من الوصول إلى تطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك حتى ولو كان هذا القانون قانوناً أجنبياً لم تشر إليه قاعدة الإسناد ويكفي أنه يرتبط بالعلاقة المعروضة عليه بروابط وثيقة.

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٩٥.

المبحث الثاني
القواعد الموضوعية الالكترونية وحماية المستهلك الالكتروني
(Lex electronica)

تقسيم:

بعد أن وقفنا على النقد الذي تعرضت له قاعدة التنازع التي ثبت عجزها عن ملاحقة الوثبات السريعة للتجارة الالكترونية فإنه لابد من البحث عن منهج جديد يعالج مشاكل هذه التجارة الحديثة. ومن هنا، بدأ الفقه ينادي بضرورة وضع قواعد مشتركة فيما بين الدول تكفل وحدة الحلول النسبية للمنازعات ذات الطابع الدولي أياً كانت الدولة التي يرفع أمام محاكمها النزاع، كما عقدت العديد من المؤتمرات وأنشئت الكثير من الهيئات لتحقيق ذلك(١).

وسعياً إلى بيان ماهية القانون الموضوعي الالكتروني، فإنه بداءةً لابد من تعريف القانون الموضوعي الالكتروني ثم بيان الحاجة إليه، وما هي مصادره؟ حتى يمكننا الوقوف على خصائصه وأهدافه، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: تعريف القانون الموضوعي الالكتروني ومصادره.
المطلب الثاني: دور القانون الموضوعي الالكتروني في حماية المستهلك الالكتروني.

المطلب الأول
تعريف القانون الموضوعي الالكتروني ومصادره

يقصد بمصطلح القانون الموضوعي **droit materiel** او **Lex electronic** بصفة عامة بأنه" ذلك القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعياً خاصاً، ومستقلاً عن حلول القوانين الوطنية، للمعاملات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية"(٢)، بمعنى أن هذه القاعدة الموضوعية هي التي تعطي مباشرة الحل في موضوع النزاع الدولي دون البحث عن القانون واجب التطبيق لحكمه(٣).

---

(١) في تاريخ القواعد الموضوعية وتطورها انظر: د. محمد عبد الله المؤيد: منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٩٧م، ص١٧ وما بعدها وفي الفقه الأجنبي انظر:

Godel(M.H): **les contrat du commerce international**, Cours du Professeur Jacquet, Institut de Hautes Etudes Internationales, Genève, 2001 available online: http://www.stoessel.cli /hei/dip/contrats_commerce_international .2000/,p.9.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٨.

(٣) ويمثل هذا الوصف قيداً على المفهوم الواسع للقواعد الموضوعية التي تعرف بأنها " مجموعة القواعد القانونية التي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية يستوي في ذلك الروابط الوطنية والدولية" للمزيد انظر: د. صالح جاد المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٠٩.

ويضيف البعض أن هذه القواعد عبارة عن" مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجود أصلاً أو المعدة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي"[(١)].

أولاً : تعريف القانون الموضوعي الالكتروني:

إذا كانت التجارة الدولية قد استثت لها قديماً قواعدها الخاصة كما سبق بيانه، فإن التجارة الالكترونية هي أكثر حاجة لمثل هذه القواعد حيث إنها ذات طبيعة خاصة تلفظ قاعدة التنازع التقليدية التي لا تقدم حلولاً منطقية لمنازعاتها، وبالتالي بدأ مولد القواعد الموضوعية لحكم معاملات التجارة الالكترونية في أواخر القرن العشرين[(٢)].

وقد تعددت تسميات تلك القواعد الموضوعية، فالبعض يطلق عليها القانون الالكتروني **lex electronica**، أو قانون المعلوماتية **lex informatica**[(٣)]، والقانون الافتراضي **lex vitual**، والقانون الرقمي **lex numerica**، وقانون الانترنت **lex net**، وقانون الاتصالات **Jus communication**[(٤)]، وقانون الفضاء الافتراضي **cyberspace common law**[(٥)]، والقانون الموضوعي للانترنت **substantive internet law**[(٦)].

---

(١) د. محمد عبد الله المؤيد: منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٣٩.

(٢) وقد ساعد في ظهور هذه القواعد وجود كيانات اقتصادية قوية تسعى إلى إيجاد حلول حقيقية مباشرة وسريعة تتلاءم مع معطيات التجارة الدولية والتجارة الالكترونية على وجه الخصوص، فاصبحت تطبق دون القواعد الوطنية للدول، بل إن الدول قد دخلت في كيانات اقتصادية لتحمي نفسها في ظل العالم المفتوح، كالاتحاد الأوربي الذي يعد أساس نشأته إقتصادياً فهو يحافظ على مصالح الجماعة الأوربية الاقتصادية.

(٣) انظر:
Joel R. Reidenberg: Lex Informatica: **The Formulation of Information Policy Rules Through Technology**, *Texas Law Review Vol 76, No 3, February 1998, p.553.*

(٤) انظر في هذه التسميات عند، د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٠٩

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٢٣.

(٦) انظر في ذلك:
Paul Przemyslaw Polanski: **Towards a supranational Internet law**, op. cit, p.1.

بينما نجد البعض الآخر يقترب في تسميتها من قواعد التجارة الدولية التقليدية، فيطلق عليها بأنها قانون طائفي lex corporative والقانون التجاري عبر الدول Droit commercial transnational، وقانون فوق الدول Droit super national، وقانون التجارة الجديد neo lex marcatoria، وقانون التجارة الرقمي lex mercatoria numerica[١]، وكذلك القانون الموضوعي substantive law[٢]، وأخيراً يفضل البعض القواعد المادية للتجارة الالكترونية les reglesmatrielles du commerce electronique[٣].

ويفضل الباحث استخدام مصطلح lex elecronica حيث إن هذه التسمية تميز قواعد التجارة الالكترونية عن قواعد التجارة الدولية التقليدية، فهي قواعد أنشئت لتحكم المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الانترنت في مضمونها وأهدافها.

ويعرف الفقه القانون الموضوعي الالكتروني بأنه" مجموعة من القواعد القانونية الموضوعية الدولية المنظمة للتعامل عبر الانترنت"[٤]، أو" هو كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت"[٥]، أو أنها" مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية"[٦]، وأخيراً يعرفها البعض بأنها" القواعد التي تتطور بشكل عفوي في السوق ويتم قبولها بناء على اتفاق مشترك، وليس للمحاكم إلا تطبيقها كما هي دون تدخل"[٧].

---

(١) راجع في ذلك:
Catherine Kosma-Lacroze: **Le Droit de L'internet**, op. cit, p.15.

(٢) للمزيد انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.151.

(٣) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١١١.

(٤) د. رشا علي الدين: النظام القانوني لعقد السياحة الالكتروني، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية ٢٠١٠م، ص١٤٠.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٩.

(٦) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١١١.

(٧) انظر:
Tom W. Bell: **The Common Law in Cyberspace**, Michigan law reviw, vol. 97, 1999, p.1751.

وعليه، فإنه يمكن صياغة التعريف التالي للقانون الموضوعي الالكتروني Lex Electronica بأنه عبارة عن" مجموعة القواعد القانونية الموضوعية الذاتية والدولية التي تمثل مجموعة الأعراف والعادات والسلوكيات الناشئة في البيئة الالكترونية، وتهتم بمعالجة كل ما يتعلق بالعمليات التي تتم عبر الانترنت، ويلجأ إلى تطبيقها القاضي مباشرة على موضوع النزاع دون البحث عن قواعد الإحالة وغيرها مما تتصف به قاعدة التنازع".

ويمكن الوقوف على عناصر التعريف لتكتمل الصورة، على النحو التالي:

١. إن هذه القواعد تعتبر قواعد قانونية دولية تنظم من خلال اتفاقيات دولية وقواعد سلوك عالمية وبرامج المجموعات الاقتصادية والهيئات والمنظمات الدولية التي ترعى التجارة الدولية الالكترونية، فهو نظام قانوني دولي موحد بشأن التجارة الالكترونية.

٢. هي قواعد ذاتية النشأة تخرج عن القواعد التي تضعها الدول، فهي قواعد تنشأ وتترعرع في الأوساط المهنية المعنية بالتجارة الالكترونية، بعيداً عن إجراءات الإصدار الرسمية.

٣. تتميز هذه القواعد وتفترق عن القواعد الموضوعية المنظمة للتجارة الدولية Lex Merctoria، فهي قواعد وجدت خصيصاً لحكم علاقات الأطراف التي تتم عبر الانترنت.

وعليه فإن هذه القواعد تمثل" مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت في المجتمع الافتراضي Societe Virtuelle للإنترنت، طَوَّرَتها المحاكم ومستخدمو الشبكة، وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، فهو قانون تلقائي النشأة وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل، والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسب الآلية، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات"(١) .

ثانيا: مصادر القانون الموضوعي

نظراً لعدم وجود قانون موضوعي استهلاكي في العالم يحكم علاقات المستهلكين فإننا نلجأ إلى القواعد المتفرقة التي تنظم التجارة الالكترونية الدولية ومعاملات المستهلكين من خلالها. وبالرغم من أن القواعد الموضوعية ذات النشأة التلقائية تمثل أهم المصادر الدولية للقانون الموضوعي، كالعادات والأعراف الدولية،

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٤٨.

إلا أن هذه المصادر ليست هي الوحيدة، فهناك مصادر أخرى تعمل إلى جنبها ولا يمكن إغفال دورها في تنظيم التجارة الالكترونية، كأعمال المنظمات الدولية والإقليمية التي تعنى بالتجارة الالكترونية.

مما سبق فإنه يمكن تقسيم مصادر القانون الموضوعي الالكتروني Lex Electronica إلى نوعين من المصادر، قواعد موضوعية ذات نشأة تنظيمية، وأخرى ذات نشأة تلقائية.

أ- القواعد الموضوعية الالكترونية ذات النشأة التنظيمية:

نظرا لأهمية حركة التجارة الدولية الالكترونية فقد نشأت هياكل وتنظيمات تعنى بتنظيم هذه التجارة، واتخذت في سبيل هذا التنظيم أحد الأشكال التالية: في صورة اتفاقيات دولية international convention، و التوصيات والأعمال الدولية الأساسية Recommendations and the international business core، أو تقنيات السلوك Techniques of conduct، والعقود النموذجية Model contracts، أو الشروط النموذجية Clauses type، وأخيراً قضاء التحكيم الالكتروني Online arbitration.

١. الاتفاقيات الدولية international convention

تمثل الاتفاقيات الدولية إحدى أهم المصادر للقانون الموضوعي الالكتروني، حيث يستقي منها أحكامه وقواعده، والنتيجة هي السعي إلى توحيد وانسجام قواعد القانون الموضوعي التي تحكم العلاقات القانونية عبر الانترنت على الصعيد الدولي[١]. وبالتالي، فالقاضي عندما يعرض عليه نزاع بين طرفين ينتميان إلى هذه الاتفاقية، فإن ما عليه سوى تطبيق قواعد الاتفاقية دون الخوض في فكرة تنازع القوانين.

ومن أمثلة هذه الاتفاقيات الدولية بصفة عامة نجد اتفاقية فينا١٩٨٠م بشأن البيوع الدولية[٢]، واتفاقية روما ١٩٨٠م الخاصة بالقانون واجب التطبيق على العقود الدولية. أما في مجال التجارة الالكترونية فإن عدد الاتفاقيات لازال في المستوى الأدنى، وذلك نظراً لحداثة هذه التجارة وفي نفس الوقت الحركة السريعة لهذه التجارة، ولعل أول اتفاقية في هذا الشأن نذكر اتفاقية مجلس أوربا رقم ١٠٨ الخاصة بحماية

---

(١) د. عصام الدين القصبي: تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٦١.

(٢) انظر نصوص الاتفاقية متاحة على الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf.

البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفقها عبر الحدود التي تم اعتمادها من دول المجلس في ١٩٨١م[١]، واتفاقية جنيف(الوايبو) ١٩٩٦م والخاصة بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي[٢]، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية والمعتمدة في ٢٠٠٥م[٣]، واتفاقية الدول الأمريكية CIDIP ٢٠٠٨م[٤]. وقد سار في نفس النهج العديد من التوجيهات الأوربية التي تنظم مسائل التجارة الالكترونية بين دول الاتحاد الأوربي[٥].

---

(١) للاطلاع على نصوص الاتفاقية متاحة على الرابط التالي:
http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm.

(٢) يمكن الوصول إلى المعاهدة متاحة على الرابط التالي:
http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/15550007.

(٣) راجع نصوص الاتفاقية على الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.

(٤) انظر مؤتمر الدول الأمريكية على الرابط:
httpwww.oas.orgcjiengijc_current_agenda_CIDIP_VII.pdf

(٥) حيث صدر العديد من التوجيهات التي تنظم التجارة الالكترونية بين دول الاتحاد نذكر منها التالي:
*Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal, L281/31, 23.11.1995.
*Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, Official Journal, 4.6.1997, p19.
*Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, Official Journal, L 13/12 19.1.2000.
*Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, inparticular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), Official Journal, L178/1, 17.7.2000.
*Directive 2000/46/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions, Official Journal, L 275/39, 27.10.2000.
*Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Official Journal, L 167/10, 22.6.2001.

وقد اهتم واضعو مشروع الاتفاقية الدولية بين الدول الأمريكية ٢٠٠٦م، بشأن القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي في عقود الاستهلاك، والذي أعطى المستهلك رعاية خاصة خصوصاً أن واضعي المشروع قد راعوا طبيعة التجارة الالكترونية في مسائل القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي الدولي[١].

كما لحق بهذا المشروع، مشروع القانون النموذجي بشأن التحكيم الالكتروني في منازعات المستهلكين، والذي تقدمت به بعض الدول الأعضاء في رابطة الدول الأمريكية في ٢٠٠٨م، حيث نظم القواعد الخاصة التي تكفل للمستهلك الالكتروني حماية متميزة أثناء تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية[٢].

وأخيراً نجد من تلك الاتفاقيات في العالم العربي، تلك الاتفاقية الخاصة بتنظيم أحكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية، والتي تم إبرامها في ٥ يونيه ٢٠٠٨م، وتمثل هذه الاتفاقية نواة طيبة في المجال الاتفاقي الدولي بين الدول العربية من أجل تنظيم مسائل التجارة الالكترونية.

٢. التوصيات والأعمال الدولية الأساسية

نظراً لقلة الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الالكترونية الدولية والتي تكاد تعد على أصابع اليد الواحدة، فإن التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية قد اتخذ شكل توصيات، " وربما نجد اللبنة الأولى للأفكار القانونية الرامية لتبسيط التجارة الدولية عبر شبكات المعلومات في التوصيات التي صدرت عن لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوربا عام ١٩٧٩م والخاصة بوثيقة الشحن البحري حيث تضمنت اقتراح باستخدام المعالجة الالكترونية للمعلومات في إطار القواعد الضرورية والإجراءات الخاصة بالنقل البحري"[٣].

ثم توالت الأعمال الدولية في تنظيم التجارة الالكترونية فهناك العديد من الأعمال والتوصيات الدولية، كأعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

---

(١) وهو مشروع سبق الحديث عنه بين ثناي هذا البحث.

(٢) ويعد مشروع التحكيم الالكتروني من أوائل الأعمال الجماعية التي تنظم التحكيم الالكتروني، وخصوصاً في مجال الاستهلاك، حيث كانت العديد من الاتفاقيات الدولية ترفض ذلك، وكذلك في بعض التشريعات، راجع الاتجاه الرافض للتحكيم في عقود الاستهلاك ماسبق، ص٣١٨.

(٣) د. عصام الدين القصبي: تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٦٢٢.

Uncitral، حيث أصدرت القانون النموذجي للتجارة الالكترونية والذي اعتمد في ١٩٩٦م[١]، والقانون النموذجي في خصوص التوقيعات الالكترونية ٢٠٠١م[٢].

ويمكن إجمال هذه الأعمال الدولية على النحو التالي: الأعمال الدولية في مجال تبادل المعطيات المعلوماتية والتجارة الالكترونية[٣]، وكذلك الأعمال والتوصيات الدولية المتعلقة بحماية الحياة الخاصة وتدفق البيانات عبر الحدود[٤]، والأعمال الدولية والإقليمية بشأن حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية[٥]، والأعمال الدولية بشأن حقوق الملكية الفكرية[٦]، والأعمال الدولية بشأن الجمارك عبر الشبكة الدولية[٧]، والأعمال الدولية بشأن تسوية المنازعات التي تنشأ بين أطراف المعاملة الالكترونية[٨].

---

(١) القانون الصادر في ١٢ يونيو ١٩٩٦م، النص العربي متاح على الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf.

(٢) القانون الصادر في ٢٥ يوليو ٢٠٠١م، النص العربي متاح على الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf.

(٣) انظر هذه الأعمال والتعليق عليها عند الدكتور صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٤) انظر على سبيل المثال أعمال منظمة التعاون والتنمية، متاحة على الرابط التالي:
http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html.
وكذلك الوثيقة الأوربية بشأن حماية البيانات الشخصية في **ETNO Reflection Document RD342 (2011/01)**، متاحة على:
http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/contributions/organisations/etno_en.pdf

(٥) راجع في عرض هذه الأعمال من خلال ملامح حماية المستهلك سابقاً في الفصل التمهيدي.

(٦) انظر الدراسة الاستقصائية حول الأعمال الدولية التي أعدتها منظمة الوايبو للملكية الفكرية:
World Intellectual Property Organization: **Intellectual Property on The Internet**: A survey of issues, WIPO/INT/02, 2002, available online:http://www.wipo.int/copyright/en /ecommerce/pdf/survey.pdf.

(٧) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٥٧.

(٨) راجع ما سيأتي في تلك الأعمال كما هو الشأن في التحكيم الالكتروني، ص٢٨٠ وما بعدها.

٣. تقنيات السلوك **Techniques of conduct**

وهي عبارة عن تلك القواعد التي يضعها المتعاملون مع الشبكة بأنفسهم لتطبق عليهم، والتي يتم تدوينها من قبل هيئات ومؤسسات مهنية تعنى بوضع مبادئ وأسس التعامل عبر الانترنت(١)، وتتنوع تقنيات السلوك بين تقنيات السلوك الدولية وتقنيات السلوك الإقليمية:

فمن تقنيات السلوك الدولية، نجد قواعد السلوك الموحدة للتبادل الالكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية في باريس ICC عام ١٩٨٧م، والمشروع الخاص بالممارسات الموحدة في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الالكترونية في عام ١٩٩٦م(٢)، حيث تهدف هذه التقنيات إلى ضمان الاستقامة والنزاهة في مجال النقل الالكتروني للمعلومات بالإضافة إلى الثقة في المعاملات الرقمية التي تتم عبر الانترنت(٣).

أما على الصعيد الإقليمي، فنجد أن مجلس الشيوخ الأمريكي ومن خلال اللجنة المشتركة للمعلومات قد أعد تقريراً بخصوص الدخول في مجتمع المعلومات وتضمن ثلاث نقاط أساسية: الأولى تمثل فتح خط ساخن Hotline يجيب على إشكالات المستخدمين، والثانية: إنشاء مكتب يكون مسؤولاً عن إبداء النصح والإرشاد لمتعاملي الانترنت، والثالثة: إنشاء جهاز مراقبة وطني يعكف على تطور تكنولوجيا المعلومات والممارسات التي تتم من خلالها(٤).

وهو كذلك في فرنسا حيث تم وضع ميثاق من قبل مجموعة عمل تقوم على خلق كيان أو هيكل ينهض باستقبال شكاوى مستعملي الانترنت، وهو نفس النهج الذي تبنته كل من هولندا وانجلترا ونيوزلندا(٥).

---

(١) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٦٧.

(٢) انظر:

Randy V. Sabetr: **International Harmonization In Electronic Commerce And Electronic Data Interchange**: *A proposed first step toward signing on the digital dotted line, The American UNviersity Law Review Vol. 46, 1996, p.525.*

(٣) انظر الأعمال الدولية للجنة الاونكتاد في عام ١٩٩٨م UNCTAD/SDTE/BFB/1 متاحة على الرابط التالي:

http://r0.unctad.org/ecommerce/docs/legal1.pdf.

(٤) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٧١.

(٥) د. رشا على الدين: النظام القانوني لعقود السياحة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٤٥

ويعد من ضمن تقنيات السلوك القواعد الموحدة التي يضعها منظمو الصفحات وأصحاب المواقع التي تحدد التزامات مستخدمي الانترنت عند القيام بالتعاقد، وتمثل هذه القواعد توجهاً نحو توحيد الشروط والالتزامات المفروضة على المتعاملين.

ولعل من المناسب هنا ذكر ما جاء في التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٠/٣١ الخاص بالتجارة الالكترونية، والذي حث الدول الأعضاء في الاتحاد على وضع قواعد سلوك تتناسب مع الاتحادات والمنظمات التجارية والمهنية والاستهلاكية للإسهام في تنفيذ هذا التوجيه بشكل سليم[١]، كما أوجب إتاحة الفرصة من أجل الوصول إلى تلك القواعد بيسر وسهولة بلغات الاتحاد من خلال الوسائل الالكترونية[٢]، كما ألزم الدول الأعضاء بوضع قواعد سلوك تتعلق بحماية القصر والكرامة الإنسانية فيما يتعلق بمجتمع المعلومات[٣].

وبذلك، فإن قواعد السلوك تعد من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي الالكتروني، ويرجع ذلك إلى تنوع أنماط المتعاملين عبر شبكة الانترنت، والذي يفرض نفسه في صعوبة وجود تنظيم آمر ومحكم يحكم هذا التنوع، من هنا تأتي أهمية قواعد السلوك التي تمثل حداً أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين عبر الشبكة[٤].

٤. <u>العقود النموذجية **contracts types**</u>

تمثل العقود النموذجية نتيجة طبيعية لدور الإرادة في مجال التجارة الدولية، وذلك انطلاقاً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ودستورهم، حيث أضحى لهذا العقد دور مهم في إرساء وترسيخ الأعراف السائدة في الأوساط التجارية بحيث يمثل تقنيناً أساسياً في تلك الممارسات[٥]، بمعنى أن العقد أصبح قادراً على خلق قواعد تنظم سلوك المتعاملين وتطبق عند نشوء النزاع، حيث أصبحت هذه العقود وتكرارها يمثل عرفاً أو عادة في مثل هذا التعامل.

---

(١) راجع المادة ١/١٦-أ من التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٠/٣١.

(٢) المادة ١/١٦-ج من التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٠/٣١.

(٣) المادة ١/١٦-هـ من التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٠/٣١.

(٤) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٢٤٣.

(٥) للمزيد انظر: د. عادل أبو هشيمة محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٦، وانظر كذلك عند:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.260.

وتعد العقود النموذجية من المصادر المهمة التي يقوم عليها القانون الموضوعي الالكتروني، وهي عبارة عن تلك العقود التي تبرم بين الموردين والمستخدمين سواء كانوا مستهلكين أم مهنيين، خصوصاً أن عقود التجارة الالكترونية تتم عبر قوالب معدة سلفاً. لهذا، فقد اتجهت العديد من المنظمات المهنية إلى إعداد عقود نموذجية تتضمن العادات والأعراف الجارية والأحكام الجديدة التي تستمد قوتها من تداولها من أعضاء المجتمع الذي نشأت فيه[١]، كالعقد النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بباريس ICC بخصوص التبادل الالكتروني للبيانات عبر شبكة الانترنت، وكالعديد من العقود النموذجية التي تصادفنا في التعامل عبر الانترنت سواء كانت معده من هيئات دولية أو إقليمية في شتى مجالات الحياة اليومية.

٥. التحكيم الالكتروني Online Arbitration

نظراً لأن أغلب منازعات التجارة الالكترونية التي تتم بين المتعاملين من خلال الشبكة يتم اللجوء فيها إلى التحكيم وخصوصا التحكيم الالكتروني[٢]، فإن هيئات التحكيم الالكتروني قد أنشأت قواعدها الخاصة التي تتناسب مع طبيعة المنازعات الالكترونية التي تتلاءم مع السرعة التي تتمتع بها الشبكة العالمية. وبالتالي، فإن ما ترسيه تلك الأحكام يكون رافداً مهماً للقانون الموضوعي الالكتروني[٣].

ب- القواعد المادية الالكترونية ذات النشأة التلقائية أو الذاتية

ويقصد بالقواعد المادية الالكترونية ذات النشأة التلقائية أو الذاتية تلك القواعد التي تنشا من سلوك المهنيين على الانترنت أثناء تعاملهم مع المستهلكين، أي أنها لا تنتمي إلى تنظيم رسمي. ومن ثم، فهي تتمتع بالمرونة الكافية التي تساعدها في مواكبة احتياجات الشبكة العالمية والمتعاملين من خلالها، فهي تواكب التطورات التقنية للشبكة التي تنتقل من طور إلى طور بسرعة عالية، وهي في نفس الوقت تواكب توقعات المتعاملين على الشبكة حيث إنها قواعد تمثل رغباتهم وتطلعاتهم، فهم الذين يضعونها ولا تفرض عليهم[٤].وهذه المصادر تتنوع بين العرف والعادات الاتفاقية والعادات الأخلاقية.

---

(١) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون واجب التطبيق في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٠٨، د. صالح المنزلاوي: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٧٨.

(٢) راجع ما سيأتي عرضه في تسوية منازعات عقود المستهلكين الالكترونية عن طريق التحكيم الالكتروني، ص٣١٨.

(٣) د. عادل أبو هشيمة محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٥.

(٤) د. صالح المنزلاوي: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٨٤، د. محمد مأمون أحمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٤٠٤.

فالعرف الذي يمثل العصب الرئيس لهذه المصادر التلقائية، هو "عبارة عن مجموعة الممارسات التي اتبعها أغلبية المهنيين والمستخدمين عبر الانترنت وهم يعتقدون بأنها مُلزِمَة لهم أدبياً؛ وذلك في شتى مجالات التعامل عبر الانترنت سواء في الوصول إلى المعلومات أو التعاقد أو الأمن المعلوماتي والملكية الفكرية"[(١)].

وتعد هذه الأعراف والعادات ذات طبيعة تعاونية. ومن ثم، فلا شك في أن قانوناً يتكون من تلك القواعد التلقائية سيكون قادراً على الاستجابة لمقتضيات وحاجات المعاملات العابرة للحدود، والمعطيات غير المادية للوسط الذي تخاطبه، وسيكون أكثر توافقاً مع تغيرات البيئة الفنية والتكنولوجية لتلك الشبكة العجيبة للمعلومات[(٢)].

أما العادات والممارسات الاتفاقية، التي تشكل أحد أهم المصادر التلقائية فإنها تأخذ إحدى صورتين:الصورة الأولى: تتمثل في العقود المبرمة بين مستخدمي الانترنت- أياً كانوا وأياً كانت الخدمة المطلوبة- وبين شركات الإنتاج والتوزيع مقدمة تلك الخدمات، مثل عقود الاستهلاك الالكترونية[(٣)]، حيث يلتزم مقدم الخدمة بعدم السماح بالوصول إلى مواد غير مشروعة ويمثل ذلك عادات وقيم يلتزم بها مقدمو الخدمات في العالم الافتراضي.

أما الصورة الثانية: فتتمثل في مجموعة من العقود التي تُبرَم بين مقدم الخدمة المراد تقديمها وبين مقدم خدمات الموقع عبر الخادم أو السرفر Server وفي هذه العقود يلتزم مقدم خدمات السرفر بالعمل على تطوير وسائل التقنية اللازمة لتنقية المواد المحملة على الشبكة، والقيام بعمل تصنيف مواد الشبكة بين قوائم بيضاء وقوائم سوداء، والتزام مقدارٍ من السرية للموقع، وعمل برامج التوعية وغيرها من الالتزامات[(٤)].

ثالثاً: خصائص القانون الموضوعي الالكتروني

نظراً لما تتمتع به التجارة الالكترونية من سرعة وما تحتاجه من سرية ومرونة، فقد فرضت عليها القواعد التي تنظمها هذه الصفات حتى تتواكب مع طبيعتها وخصوصيتها الفنية والقانونية، وهذه الصفات هي ما تتمتع به قواعد القانون

---

(١) انظر:

Paul Przemyslaw Polanski: **Towards a supranational Internet law**, op. cit, p.3.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٥١.

(٣) د. رشا على الدين: النظام القانوني لعقود السياحة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٤٢.

(٤) د. محمد مأمون أحمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٤٠٧..

الموضوعي الالكتروني. ومن تعريف القانون الموضوعي السابق الإشارة إليه يمكن استخلاص أهم المميزات والخصائص التي يتمتع بها هذا القانون على النحو التالي:

١. قانون طائفي ونوعي

فالقانون الموضوعي الالكتروني له طبيعة خاصة فهو قانون طائفي من حيث أشخاصه وموضوعه، فقواعده وضعت لتحكم مجتمع المعلومات الالكتروني وهذا المجتمع له معطياته ومشاكله الذاتية. ومن ثم، فهو بحاجة إلى قواعد خاصة لا تخاطب إلا عالمه من المستخدمين ومقدمي خدمات المواقع الرقمية والاشتراك في الشبكة وكل ما يتعلق بالعملية الالكترونية التجارية الدولية[١].

وهو قانون نوعي يقتصر دوره على الفصل في المعاملات والتعاقدات الالكترونية دون سواها. ومن ثم، فلا يمتد إلى المعاملات التي تتم خارج الشبكة، وبالتالي فهو المنظم لعملية التعاقد والدعاية والإعلان للسلع والخدمات ومعالجة البيانات والمعلومات وكل ما يتصل بعملية التعاقد الالكترونية ابتداءً بالتعاقد وإثباته وانتهاء بالتنفيذ والتسليم[٢].

وتمتد هذه الصفة- من حيث إنه قانون طائفي ونوعي- إلى المؤسسات والتنظيمات التي تدير العملية الالكترونية، فهذا القانون له أجهزته وأدواته، فله الهيئات التي تنظمه فنياً وقانونياً وله جهازه القضائي الذي يعمل على حل المنازعات التي تنشأ بين أطراف المعاملة الالكترونية[٣]، حيث يتم الفصل في تلك المنازعات بطريقة آلية عبر الوسائل الالكترونية.

٢. قانون تلقائي في نشأته

حيث يعد القانون الموضوعي الالكتروني قانوناً تلقائي النشأة، فهو نتاج جهود المتعاملين عبر الشبكة والتي كشفت عنه ممارساتهم وأعرافهم الالكترونية بحيث صارت قانونهم العام المشترك الذي يلتزمون به **The Common Law of Internet**[٤].

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٥٦.

(٢) د. رشا على الدين: النظام القانوني لعقود السياحة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٤٩.

(٣) راجع ما سياتي بيانه في التحكيم الالكتروني، ص٣٠٥.

(٤) انظر:

Tom W. Bell: **The Common Law in Cyberspace**, op.cit, p.1748.

وبالتالي، فإن هذا القانون التلقائي لا يأتي عن طريق رسمي أو شكلي وهذا نابع من عدم رسمية شبكة الانترنت، فليس هناك جهة تنظمها أو تهيمن عليها وتوجه نشاطها. ومن ثم، فقواعدها تلقائية تنشا عن تعاملات أفرادها ويلتزمون بها رضائياً دون الحاجة إلى تدخل سلطة تلزمهم بها حيث تمثل هذه القواعد أعرافهم وسلوكهم العام. وبالتالي، فهم يكنون لها الاحترام ويعتقدون أنها ملزمة لهم وهي في نفس الوقت تلائم تعاملاتهم على الشبكة، وتعبر عن المبادئ العامة للعدالة في مجال التجارة الالكترونية[١].

وتحقق التلقائية التي يتمتع بها القانون الموضوعي الالكتروني عدة مزايا مهمة منها[٢]:

أ. إن شبكة الانترنت تقوم على أسس فنية وتكنولوجية سواء في معالجة البيانات أو في نقل المعلومات والبيانات وحتى تثبيتها على دعامة رقمية، فهي مسائل فنية ابتداء وانتهاء، ومن ثم فهذا القانون قد راعى هذه الطبيعة، فهو قانون فني يتلاءم مع الطبيعة الذاتية للتعامل عبر شبكة الانترنت، وهو يتسم بالسرعة ومواكبة التطورات التقنية والتكنولوجية.

ب. إنه يتوافق وتوقعات المتعاملين عبر الانترنت فأساسه معاملاتهم وممارساتهم وعاداتهم. وبالتالي، فهو يبعدهم عن التعقيدات الفنية التي تفرضها القوانين الوطنية من تنازع وغيرها والتي لا تتلاءم مع واقع الشبكة المميز[٣].

ج. إنه قانون مرن[٤]، تنبع مرونته من مرونة الشبكة والجهة التي تنظمها حيث إنه يتواكب مع كل المتغيرات والمؤثرات التي تطرأ على الفضاء الالكتروني سواء التكنولوجية أو الاقتصادية وحتى السياسية، التي تصادف المتعاملين عبر الشبكة، فهو لا يفرض حلولا جامدة.

---

(١) د. إيهاب ماهر السنباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٨١

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية، مرجع سابق، ص٥٩.

(٣) انظر في عدم ملاءمة قاعدة التنازع في مجال التجارة الالكترونية ما سبق، ص٨٧.

(٤) في مرونة القواعد الموضوعية بصفة عامة انظر: د. محمد عبد الله المؤيد: منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٧٦.

٣. قانون عبر دولي موضوعي

يستمد القانون الموضوعي هذه الصفة والخاصية من طبيعة الشبكة نفسها فهي شبكة دولية عابرة للحدود، لا تخضع لهيئة أو سلطة إقليمية أو دولية. ومن ثم، فإن هذا القانون ليس من وضع سلطة أو هيئة عالمية أو دولية أو إقليمية[١]، وإنما يتأتى من طبيعة المعاملات التي تحكمها، فهي تتم عبر الحدود وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت وتتضمن انتقالاً للقيم الاقتصادية فيما بينها وتتصل بمصالح التجارة الدولية[٢].

٤ . قانون موضوعي مادي مباشر

فالقانون الموضوعي الالكتروني يتسم بأنه منهج مباشر وموضوعي، ليس مثل قواعد التنازع التقليدية التي تقوم على فكرة الإحالة إلى القانون واجب التطبيق، والتي لا تعطي حلولا مباشرة ولكن تشير فقط إلى القانون الداخلي الذي يحكم النزاع والذي بدوره يضع حلاً لذلك النزاع بصورة موضوعية[٣].

وهكذا، فإن القانون الموضوعي الالكتروني يقدم حلولاً موضوعية للمعاملات الالكترونية، ولا تحيل قواعده إلى قوانين أو قواعد أخرى. فالأعراف والعادات والسلوكيات والممارسات العملية تضع حلولاً تنظيمية حاكمة للمعاملات والتعاقدات الالكترونية تفصل فيها ولا تحيل إلى قواعد أخرى.

بمعنى أنه ليس هناك وسيط بين القاضي والقانون واجب التطبيق حيث إن القانون واجب التطبيق يكون في متناوله مباشرة، وهو ما جعل البعض يطلق عليها أنها قواعد صديقة للمحكمة حيث سيكون القضاة الدوليون سعداء بتطبيقها لكونها واضحة وسهلة المنال بدلا من الغموض الذي يكتنف قاعدة التنازع[٤] التي لا تعطي حلا مباشراً للنزاع وإنما يبحث القاضي عن الضابط الذي يحكم مثل هكذا نزاع

---

(١) انظر:

Tamar Frankel: **The Common Law and Cyberspace**, working paper series, public law & legal theory working paper no. 01-21, 2001, available online: http://www.bu.edu/law/faculty/ scholarship/workingpapers/2001.html.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٦٠.

(٣) د. إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي: الإطار القانوني للتجارة الالكترونية عبر الدول، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه جامعة المنصورة ٢٠٠٦م، ص٥١٨.

(٤) د. إيهاب ماهر السنباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، ص٣٨١ وخصوصا ص٣٨٢.

والضابط المختار هو الذي يحدد أي القوانين التي تصلح لحكم النزاع المعروض وقد لا يكون القاضي ملما بذلك القانون، وهي كذلك بالنسبة للأطراف حيث ينتقل عبء إثبات ذلك القانون عليهم، بينما القواعد الموضوعية تكون سهلة في إثباتها.

غير أن هذه القواعد مازالت في مراحلها الأولى ولم تصل إلى مرحلة النضوج. ومن ثم، فهي في حاجة إلى التنظيم والتبويب وإكمال القصور الذي يعتريها في بعض الأحيان حتى تكون جاهزةً لاستقلالها بوضع الحلول الموضوعية لمنازعات التجارة الالكترونية، ليبقى السؤال هو إلى أي مدى يمكن أن تقدم حلولاً لمشكلات التجارة الالكترونية وعقود المستهلكين على وجه الخصوص؟

المطلب الثاني
دور القانون الموضوعي الالكتروني في حماية المستهلك الالكتروني

سبق بيان مفهوم القانون الموضوعي ومصادره وعرض أهم خصائصه، وانتهينا إلى التسليم بوجود قواعد حقيقية تلعب دوراً أساسياً ومهماً في تنظيم التجارة الالكترونية، إلا أنه يبقى السؤال: في مدى تمتع تلك القواعد بوصف القانون الالكتروني؟ وبالتالي إلى أي مدى يحقق هذا القانون حماية للمستهلك الالكتروني؟

نجيب عن تلك التساؤلات وغيرها من خلال تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

أولاً : مدى تمتع القواعد الموضوعية بصفة القانون الالكتروني

يعد بحث إصباغ الصفة القانونية على القواعد الموضوعية الالكترونية مسألة مهمة سواء على مستوى القانون الدولي الخاص على وجه الخصوص والقانون الداخلي على وجه العموم، إذ إن إصباغ هذه الصفة على مستوى القانون المحلي تفيد في مدى إلزام قواعد القانون الموضوعي الالكتروني، وبالتالي ترتيب جزاء على الخروج عن أحكامها، وإلزام المحكمة في تطبيقها ورقابة المحكمة العليا(النقض) في الخطأ في تطبيقها، وغيرها من النتائج المهمة على المستوى الداخلي. أما على مستوى القانون الدولي الخاص فتبدو أهمية مدى تشكيل القواعد الموضوعية لقواعد قانونية في مدى التزام القاضي والمحكم في تطبيقها أو الكشف عنها من تلقاء نفسه، ومدى إمكان منافستها لقاعدة الإسناد ومدى إمكانية تنفيذ الحكم الصادر بناء عليها...[١].

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص٣٣٠

والنتيجة من ذلك كله أحد أمرين: إما عدم الاعتراف بالصفة القانونية للقانون الموضوعي الالكترونية، بمعنى عدم إلزاميتها، وبالتالي يمكن الوصول إلى تحرر العقد الالكتروني من حكم القانون ويظل العقد طليقاً، أو على العكس من ذلك الاعتراف بالصفة القانون لهذه القواعد وبالتالي إبعاد شبح تحرر العقد الالكتروني، إذ إنها سوف تخضع لقواعد قانونية موضوعية الكترونية تؤدي إلى حلول مباشرة لحل النزاع[١].

ولذلك، لابد أولاً من بيان مفهوم النظام القانوني بطريقة مختصرة تميط اللثام عن كيفية إطلاق هذا الوصف على القانون الموضوعي، نعقب ذلك بدراسة النقد الموجه إلى القواعد الموضوعية الالكترونية.

١. <u>مفهوم النظام القانوني</u>

يعرف البعض النظام القانوني بأنه" مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، وذات الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي تحكمها"[٢].

ويضيف البعض[٣]، أن النظام القانوني يتكون من شقين الأول: جانب عضوي أو نظامي وهو وجود تنظيم لوحدة اجتماعية معينة، له وجود حقيقي وملموس، وهو ما تبناه الفقه الحديث حيث تبنى مفهوم القانون باعتباره نظاما قانونياً أوجده مجتمع منظم، مؤسسة أو عدة مؤسسات تعبر عن وجود هذا المجتمع، وتعمل على سد حاجاته بما فيها الحاجات القانونية حيث إن لكل مجتمع بشري منظم، كالدولة، المقاطعة، الشركة، المشروع، والأسرة، والطائفة، نظاماً قانونياً يحكمها[٤].
أما الشق الآخر: فهو الجانب القاعدي،أي وجود القواعد القانونية، وهو ما ينسجم مع الشق الأول ويكمله، حيث إن وجوده مرتبط بوجود الأول، ودوره يأتي لتسيير وتنظيم هذا المجتمع وتعبيراً عنه.

---

(١) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٤١.

(٢) في عرض هذا التعريف والتعليق عليه انظر: د. عادل أبو هشيمة محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص٣١٤.

(٤) د. محمد عبد الله المؤيد: منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٤٢.

وعلى ذلك، فإنه يمكن القول أن القانون يمكن أن يوجد في كل جماعة منظمة على نحو كاف ويتوفر لها أجهزة تمارس سلطة معينة على أعضاء تلك الجماعة بصدد العلاقات والروابط التي تنشأ بينهم، حتى ولو لم يتوفر لها وصف الدولة فهذه الأخيرة لا تحتكر صياغة القانون(١)، إذ إن المنظمات الدولية والمحلية لها قوانينها التي تحكمها.

٢. الخلاف الفقهي حول وجود النظام القانوني للقواعد الموضوعية الالكترونية

اختلف الفقه حول مدى إصباغ الصفة القانونية على القواعد الموضوعية الالكترونية، إلى اتجاهين: حيث ذهب البعض إلى أنه يصعب القول بأن تلك القواعد تشكل نظاماً قانونياً، في حين يرى البعض الآخر أن تلك القواعد تشكل نظاما قانونياً كاملاً ومستقلاً، وهو ما سوف نعرض له في الأسطر القادمة مبيناً حجج كل فريق والرد عليها، ونختم ذلك بوجهة نظر الباحث في هذا الموضوع.

الاتجاه الأول: الرأي المنكر صفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية الالكترونية

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى نفي صفة النظام القانوني عن مجموع القواعد الموضوعية الالكترونية، فهي من وجهة نظرهم مجرد قواعد مادية تدخل ضمن عموم قانون التجارة الدولية. وبالتالي، فهي لا تمثل وحدة قانونية مستقلة بذاتها ولا تتميز بأي سمة تميزها عن غيرها، ويدعم هذا الرأي قوله بالحجج التالية:

١. إن جوهر أي نظام قانوني يتمثل في وجود الجماعة أو التنظيم. وفي مجال التجارة الالكترونية، فإنه لا يمكن الجزم بأنه يوجد مجتمع منظم متماسك يجمع كل المتعاملين مع شبكة الانترنت بحيث يكون قادراً على خلق قواعد سلوكية ملزمة لهم(٢)، ويؤدي غياب هذه الوحدة وهذا الترابط بين أعضاء السوق الالكتروني إلى صعوبة ظهور أعراف فيه، حيث إن أعضاء هذا السوق ينتمون إلى أنظمة قانونية متباينة ولا يوجد بينهم رابط اجتماعي ولا تجمعهم ثقافة واحدة أو حتى فكر إيديولوجي واحد(٣)، مما ينتج عنه وجود عادات وأعراف خاصة بكل طائفة تعبر عن مصالحهم المتعارضة الأمر الذي يصعب معه القول بوجود فكرة التنظيم الموحد اللازم لقيام النظام القانوني.

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص٣١٥.

(٢) د. محمد مأمون أحمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٤٢٨.

(٣) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٩.

٢. ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن الدول غير متعاونة في هذا الشأن وليس لديها الاستعداد لترك المنازعات التي يكون مواطنوها أطرافاً فيها كي تحكمهم تلك القواعد الموضوعية الالكترونية، كما أن المصالح الاقتصادية والسياسية لكل دولة سوف تعوق كل محاولة لوجود واكتمال مثل هذا القانون الموضوعي[(١)].

٣. إن أي نظام قانوني لا يستقيم أساسه إلا بوجود قواعد آمرة ، والملاحظ أن جميع القواعد الموضوعية هي عبارة عن مجموعة قواعد السلوك المجردة في نشأتها ومضمونها ولا يتوافر فيها عنصر الاعتقاد والإلزام الذي يجعلها عرفاً واجب الاحترام[(٢)].

٤. القواعد الموضوعية الالكترونية تفتقر إلى الجزاء الذي يحمل الأفراد على احترامها واستمرارها على غرار النظام القانوني للدولة الذي يتميز بذلك الجزاء، حيث إن منع المخالف من الوصول للشبكة، والذي يعتبره أنصار القانون الموضوعي جزاء يعد إجراء غير فعال لصعوبة تحديد هوية الشخص مرتكب المخالفة لما تتمتع به الشبكة من سهولة التخفي والتستر حيث يستطيع المستخدم من أن يغير عنوانه ومعلوماته الشخصية[(٣)].

٥. إن هذه القواعد مازالت في بداية تكوينها. وبالتالي، فلا تشكل نظاماً قانونياً مستقلا بذاته، فهناك العديد من المسائل ليس لها حلول في تلك القواعد، كالأهلية والتراضي والتقادم المسقط وتقدير التعويض، فضلاً عن أن هذا القانون الموضوعي لا يمكن أن يشمل كل فروع القانون مثل قانون الاستهلاك والقانون المالي وغيره[(٤)]، ومن ثم تبقى الحاجة إلى تدخل الدولة في مثل هذه المجالات[(٥)].

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص٦٣.

(٢) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥١.

(٣) د. محمد مأمون أحمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٤٣٠، د. أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية، مرجع سابق، ص٥٦

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٢٦.

(٥) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٣.

الرد على ما انتهى إليه هذا الاتجاه:

يبدو من الحجج التي ساقها أنصار هذا الاتجاه أنهم قد حصروا نقدهم في القواعد الموضوعية الالكترونية ذات النشأة التلقائية دون التعرض للمصادر الأخرى، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنهم غالوا في الربط بين فكرة النظام القانوني وبين الدولة إلى الحد الذي جعلوا من غير المتصور وجود مثل هذا النظام خارج إطار الدولة وهو أمر غير مقبول إطلاقا.

أما القول بتعدد الجماعات التجارية أو المهنية في أوساط التجارة الالكترونية وتنافرها فإن ذلك لا يرتب بالضرورة تعارض المصالح، حيث يبقى هناك حد أدنى من المصالح المشتركة بين أطراف العلاقة تدفعهم إلى التضامن والتعاون في إيجاد تنظيم لتلك المصالح.

وأما عن ضرورة أن يكون لهذه القواعد الصفة الآمرة حتى يتسنى تطبيقها، فإن ذلك مردود عليه بأن تطبيق القواعد المكملة لا يتوقف على إرادة الأطراف بل أحياناً قد تطبق هذه القواعد رغم غياب الإرادة وبأمر المشرع الوطني أو الدولي وفي أحيان أخرى يكون لهذه القواعد الصفة الآمرة تحت مسمى النظام العام الدولي المطلق أو الحقيقي والتي لا يجوز مخالفتها[١].

أما انعدام الجزاء أو أن الجزاء يصعب تنفيذه في البيئة الالكترونية، فإن ذلك مختلف عن الوضع التقليدي فهناك جزاءات مختلفة تطبق في حال المخالفة، ولعل أكبر صورة لذلك ما تبنته هيئة الايكان ICAN في شطب أسماء النطاق، وكذلك القائمة السوداء وغير ذلك من الجزاءات التي تفرض في عالم الانترنت.

وأما عن قول البعض بأن هذه القواعد مازالت في بداية تكوينها، فإن مثل هذا القول لا يمثل بأي حال من الأحوال عائقاً أمام وصف هذه القواعد بالقانونية، لأنه لا يولد قانون متكامل في الواقع العملي وإنما يخضع لعامل الزمن والتطوير المستمر.

الاتجاه الثاني: الإعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية الالكترونية

في مقابل الاتجاه الأول جاء اتجاه آخر على النقيض منه يرى أن القواعد الموضوعية الالكترونية lex electronica تمثل نظاماً قانونياً ذا طبيعة موضوعية وذا قيمة خاصة بالعمليات التي تتم عبر الشبكة الدولية، وهي تعادل القواعد المادية للتجارة الدولية lex mercatoria، وتتشكل هذه القواعد من العادات والممارسات التي استقرت في هذا المجتمع الافتراضي والتي طورتها حكومات الدول والمتعاملون في

---

(١) د. محمد عبد الله المؤيد: منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٤٨.

مجال الاتصالات والمعلومات، وهي قواعد تختلف تماماً عن القواعد الوطنية التي تسري داخل مجتمع الدولة[(١)].

وَيُدَعِّم أنصار هذا الاتجاه قولهم هذا بأن هناك مجتمعاً خاصاً بشبكة الانترنت وان أفراد هذا المجتمع يعيشون معا كوحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية ولهم فكر واحد وهدف واحد، وتربطهم علاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمعاً دولياً حقيقياً، يتولى أعضاؤه وضع قواعده السلوكية التي تحكم معاملاتهم وفرض الجزاءات التي تكفل تطبيق تلك القواعد واحترامها[(٢)]، وهو ما نلاحظه من خلال هيئات ومراكز التحكيم الالكتروني التي تتولى الفصل في منازعات التجارة الالكترونية وتطبيق القانون عليها وإصدار الحكم بشأنها وتنفيذه.

ثم إن الاعتراف بالصفة القانونية لهذه القواعد ينبع من الاعتراف بتلك المصادر التي جاء منها كالاتفاقيات والعقود النموذجية التي تعدها المنظمات الدولية كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال وغيرها من المصادر، مما يدعم الأمان القانوني للمتعاقدين عبر الشبكة الدولية الانترنت خشية القصور الذي يعتري القواعد التقليدية[(٣)].

ويضرب أنصار هذا الاتجاه مثالا لهذه القواعد الموضوعية الالكترونية بالقوانين النموذجية التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL بخصوص التجارة الالكترونية وكذا التوقيع الالكتروني، وهو كذلك ما قدمته غرفة التجارة الدولية بباريس ICC في مجال العقود النموذجية بغرض تسهيل المعاملات الالكترونية[(٤)].

وبذلك، فإن هذه القواعد تحكم معاملات الانترنت وهي تضمن وحدة الحلول للمشكلات الفنية والقانونية، وتحمي توقعات الأفراد وتوفر الأمان القانوني لهم، حيث تجنبهم الفراغ أو القصور التشريعي الذي يعتري تنظيم التجارة الالكترونية في بعض الدول[(٥)].

---

(١) د. محمد مأمون أحمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٤٢٥، د. أحمد محمد الهواري: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٦٦٢.

(٢) د. صالح جاد المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٠٥، وقد سبق بيان بعض صور تلك الجزاءات التي تتخذها الهيئات المنظمة للتجارة الالكترونية، (في مجال التحكيم) انظر: ص٣٣٦.

(٣) د. محمد مأمون احمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٤٢٦.

(٤) انظر تلك القواعد على الرابط:
http://www.iccwbo.org/uploadedfiles/court/arbitration/other/rules_arb_english(1).pdf.

(٥) د. إيهاب ماهر السنباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

خلاصة هذا الرأي: أن القواعد الموضوعية الالكترونية قد توافرت لها العناصر اللازمة لتصبح نظاماً قانونياً متكاملاً وهذه العناصر هي:

- وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية.
- وجود كيانات وأجهزة قانونية دولية تتولى مهمة تنقية القواعد السلوكية وصياغتها والسهر على احترامها.
- إنها لا تفتقر إلى الجزاء الذي يوقع عند مخالفتها كتلك الجزاءات التي توقعها هيئات التحكيم الالكتروني.

رأي الباحث: القواعد القانونية تمثل نظاماً قانونياً غير كامل

حتى نصل إلى هذه الخلاصة، فإنه بداية نعرض بعض الملاحظات على الرأيين السابقين مستخدمين أوصاف القاعدة القانونية بحسب العرض السابق:

الملاحظة الأولى: يرى الفريق الرافض لفكرة القانون الموضوعي الالكتروني أن هذا القانون لم تكتمل له مقومات النظام القانوني، وقد كان محور وأساس النقد يتمثل في الربط بين الدولة والنظام القانوني بما تمثله من قواعد آمرة وتوقيع الجزاء، وهو قول غير مقبول إطلاقاً، إذ من شأن إعمال هذا القول أن يسقط جميع التنظيمات والكيانات الخاصة والتي سعت إلى إيجاد قواعدها الخاصة التي تحكمها، وبالتالي عدم وصف هذه القواعد بالقانون وهو ما يخالف إجماع الفقه الحديث حيث يرى عدم التلازم بين وصف النظام القانوني لتلك القواعد والدولة[١].

وأما انعدام الصفة الآمرة لمثل هذه القواعد فإنه لا ينقص من صفتها القانونية، إذ إنها لا تحتاج في تطبيقها إلى إعمال منهج التنازع فهذه القواعد تتمتع بقوة ملزمة تسمح للمحكمين بتطبيقها على المنازعات المطروحة تطبيقا مباشرا مع الاعتراف بإمكانية استبعاد تطبيقها أسوة بغيرها من القواعد المكملة[٢]، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن هذا النقد قائم على القواعد الموضوعية ذات النشأة التلقائية، ولم يأخذ هذا الاتجاه في اعتباره الاتفاقيات الدولية التي تصبح قواعدها ملزمة لأطرافها[٣]، وهو كذلك بالنسبة للقوانين النموذجية التي اشتركت في وضعها

---

(١) د. محمد عبد الله المؤيد: منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٥٨.

(٢) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢١١.

(٣) وأساس هذا الإلزام بالنسبة للدولة هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ودستورهم، ومبدأ حسن النية، مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على الالتزامات النابعة من القوانين الوطنية وفق نص المادة ٢٦ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩م، وأما القاضي فإن أساس التزامه يكمن في قانونه الوطني والذي يعتبر أن مصادقة الدولة على الاتفاقية تعد جزءاً من القانون الداخلي للدولة.

العديد من الدول فأصبحت تمثل عرفا ملزما باعتباره مصدراً من مصادر القاعدة القانونية[١].

أما عدم وجود الجزاء الذي يميز القاعدة القانونية ويجبر الأفراد على اتباعها وعدم مخالفتها، وعدم وجود سلطة تشرف على هذه القاعدة وتوقيع الجزاء، فإن هذا القول غير مقبول من ناحيتين: الأولى: إن قواعد القانون الدولي العام قد ثار بشأنها مثل هذا الجدل ومع ذلك لم يقل واحد بأن أحكام هذا القانون لا تشكل نظاماً قانونياً[٢]. وأما الثانية: فهو مجافاة هذا القول للواقع العملي، فهذا الجزاء موجود ويتخذ عدة أشكال. أليس شطب الموقع جزاء عملياً محسوساً يقابل صاحب الموقع في حال مخالفته، وهو كذلك في الأسواق الالكترونية Market Places كموقع E-bay حيث يتم طرد التاجر من السوق الالكتروني في حال مخالفته، وهو دليل من جهة أخرى على وجود هذه السلطة بجانب التنظيمات المهنية الأخرى، وكذلك المنظمات الدولية كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وغرفة التجارة الدولية بباريس ومراكز التحكيم الالكتروني.

الملاحظة الثانية: إن القول بعدم ضرورة وجود مثل هذه القواعد الموضوعية الالكترونية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية والاكتفاء بالقواعد التقليدية الوطنية والدولية مع إعطائها القليل من المرونة والتطوير، حيث إن المجتمع الافتراضي لا يختلف عن المجتمع الحقيقي ولا يستقل عنه، فإنه لو رجعنا إلى خصائص القانون الموضوعي الالكتروني لوجدنا أن هذا القول غير واقعي من عدة نواحٍ أهمها:

من حيث نطاق تلك القواعد، فالقانون الموضوعي الالكتروني قانون نوعي تطبق قواعده فقط على مجتمع افتراضي موجود فقط على شبكة الانترنت، أما القواعد التقليدية فقد صممت لتحكم العلاقات في مجتمع حقيقي موجود في العالم الواقعي.

وفضلاً عن ذلك، فإن القواعد الموضوعية التقليدية لا تنطبق إلا على معاملات المهنيين بعضهم ببعض، أما القواعد الموضوعية الالكترونية فهي تمتد إلى معاملات المستهلكين في علاقاتهم مع بعضهم البعض وكذلك مع المهنيين[٣].

أما عن عدم اختلاف المجتمع الالكتروني عن المجتمع التقليدي الواقعي، فهو قول فيه نظر فمجتمع العالم الافتراضي يختلف عن مجتمع العالم الواقعي، صحيح أن الأفراد هم الأفراد إلا أن ما يقومون به من نشاطات وممارسات تختلف من

---

(١) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٤٣.

(٢) د. محمد عبد الله المؤيد: منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ص٤٨.

(٣) د. صالح جاد المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٠٨

مجتمع إلى مجتمع، ابتداء من الدخول إلى الشبكة والتعاقد وانتهاء بالتنفيذ والتسليم بل وتسوية منازعاتهم إن وجدت، وهذا يتطلب أن تكون لهذا المجتمع قواعده الخاصة التي تنظمه وتنسجم معه وهي قواعد تتطلب قدراً من التقنية والسرعة والمرونة، بعكس العالم الواقعي الذي يتلاءم مع تلك القواعد التقليدية.

الملاحظة الثالثة: إن القائلين باكتمال مقومات النظام القانوني على القواعد الموضوعية وبالتالي فإنه يعد قانونا مستقلا بذاته قول مقبول إلا أنه يكتنف هذا القانون بعض العوار والنقص فهناك طرف يفرض تلك القواعد وهو الطرف القوي في العلاقة اقتصاديا بما يترتب على ذلك من أن هذه القواعد لا يمكن أن تشمل قواعد قانون الاستهلاك وقواعد الأهلية والتقادم المسقط التي تبقي الحاجة إلى القانون الوطني[1]، وبناء على ذلك يمكن أن نطلق على هذه القواعد وصف النظام القانوني غير الكامل.

خلاصة الأمر: إن القواعد الموضوعية الالكترونية تمثل نظاماً قانونياً غير كامل، فهي قواعد قانونية في طور النمو والتكوين، فهذه القواعد لها بعض مقومات النظام القانوني إلا أنه يلحقها النقص والقصور، حيث يمتد هذا القصور إلى الاتفاقيات الدولية، والقوانين النموذجية، وتوجيهات الجماعة الأوروبية، وقلة إسهام العقود النموذجية وتقنيات السلوك في بناء القواعد الموضوعية الالكترونية. ولعل ابرز نقاط القصور الذي يعتور هذا القانون تلك القواعد التي تحمي الطرف الضعيف في العقد والذي يبقى في حاجة إلى حماية المشرع الوطني، وكذلك قواعد الأهلية والتراضي والتقادم المسقط ومقدار التعويض وغيرها من المسائل التي تعرض هذا النظام القانوني للنقد نتيجة لتباين الحلول القضائية التي سوف يوصلنا إليه إعمالها.

وبالتالي تبقى الحاجة إلى الاستعانة بقواعد القانون الداخلي لسد هذه الثغرات وتكملة أوجه النقص والقصور في قواعد القانون الموضوعي الالكتروني ولاسيما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وهو ما يعني الإعمال المشترك للقانون الموضوعي وقاعدة التنازع.

ثانياً: تقييم دور القانون الموضوعي الالكتروني في حماية المستهلك الالكتروني

بالرغم من أن القانون الموضوعي الالكتروني، قانون طائفي ونوعي كما سبق الإشارة إلى ذلك، يُعنىَ بتنظيم معاملات الانترنت ومنها عقود الاستهلاك، فهو وجد من أجل هذه المعاملات، ولا شك أنه سوف يكون الأجدر في تنظيمها وحل ما ينتج عنها من منازعات، إلا أن الأمر يتعلق بنظام أو منهج مازال في بدايته، يعتريه بعض القصور والنقص في مسائل عديدة، وإذا كان الحال كذلك تبقى الحاجة إلى

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٦٥.

القوانين الداخلية والاستعانة بما تقدمه من حلول من خلال منهج قاعدة التنازع ومناهج القانون الدولي الخاص الأخرى، لمعالجة النقص في هذا القانون[1].

ولهذا فلا صحة للقول بوجود فراغ قانوني بشأن معاملات الانترنت، بسبب الصفة التقليدية للقواعد القوانين الوطنية، إذ يمكن التغلب على هذا النقص بتطوير القواعد القانونية القائمة لتتلاءم مع خصوصية التعامل الرقمي وعالم البيانات والمعلومات، وهي كفيلة بتقديم الحلول المناسبة لما يعرض من مشاكل ذات طابع دولي بشأنها، إذ لا يكون مسوغاً استبعاد منهج التنازع كلياً خصوصاً في المسائل التي لم يجد لها حلاً في تلك الأعراف وخاصة عندما يسكت الأطراف عن اختيار قانون العقد[2].

ولا شك أن هذا الوضع قد ألقى بظلاله على كثير من الدول، فنجد أن الكثير منها عمدت إلى تنظيم التجارة الالكترونية بجميع جوانبها إبتداءً من إبرام العقد الالكتروني وما يصاحبها من عمليات وصولاً إلى تنفيذ العقد، وذلك من خلال سن تشريعات داخلية تنظم ذلك. وانعكس ذلك على التنظيم الدولي من خلال بعض الاتفاقيات الدولية التي تسعى الى ضبط هذه المسائل.

بل إن بعض الدول قد عمدت إلى الدخول في اتفاقيات فيما بينها تهتم بتنظيم التجارة الالكترونية، وأفرزت أحكاماً خاصة بحماية المستهلك الالكتروني منذ لحظة إبرام العقد وانتهاء بتسوية منازعاته الخاصة مع المهني، نذكر منها مشروعا اتفاقيتين بين الدول الأمريكية الأول يهتم بتنظيم القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي في مسائل المستهلك، والثاني يهتم بتنظيم التحكيم الالكتروني في منازعات الاستهلاك.

وإذا كانت الاتفاقيات الدولية تعد من أهم المصادر التي يعتمد عليها منهج القانون الموضوعي، فإن هذه الاتفاقيات لم تسقط منهج التنازع كلياً وإنما أبقت عليه واعتبرت الاتفاقيات أن ما تقوم به من إصلاحات لا يعني وضع قواعد إضافية في مجال القانون الدولي الخاص، ونجد هذا صريحاً في نصوص التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٠/٣١ بشأن التجارة الالكترونية في المادة ٤/١[3].

---

(١) د. جمال محمود الكردي: تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الانترنت، مرجع سابق، ص١٤٨، وهو ما تؤكده المفوضية الأوربية في تعليقاتها على قواعد التجارة الالكترونية التي أعدتها المنظمة الأوربية، للمزيد في ذلك انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.255.

(٢) د. صالح جاد المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٥٢.

(٣) حيث يجري نصها على النحو التالي: «

خلاصة الباب
حماية المستهلك بالإعمال المشترك للقانون الموضوعي وقاعدة التنازع

انتهى العرض السابق للقواعد الموضوعية الالكترونية إلى خلاصة مفادها أنها تمثل نظاما قانونياً غير كامل، ومن ثم تبقى الحاجة إلى قواعد القانون الدولي الخاص، قواعد الإسناد، وقواعد البوليس، حيث يعمل المنهجان جنباً إلى جنب في حماية العاقد الضعيف كما سبق بيانه.

وفي مسائل حماية الطرف الضعيف كما هو الشأن في عقود الاستهلاك الالكترونية، نجد أن قواعد القانون الموضوعي الالكتروني قد تخل بالحماية المقررة له في قانونه الوطني، وهو ما يكون مرفوضاً حيث إن هذه الحماية تمثل الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنه، فلو نظرنا على سبيل المثال لحق المستهلك في الرجوع أو ما يسمى بحق الانسحاب من العقد نجد أن القواعد الموضوعية كالتوجيه الأوربي الخاص بعقود المستهلكين عن بعد يسمح بذلك خلال سبعة أيام بينما نجد أن القانون المصري يعطي المستهلك هذا الحق خلال أربعة عشر يوماً والقانون الانجليزي سبعة أيام والإيطالي ١٠ أيام والألماني أسبوعين، فلو طبق القانون الموضوعي المتمثل في التوجيه الأوربي على مستهلكٍ مصري مثلاً لأنقصت الحماية التي يتمتع بها المستهلك في ظل قانون موطنه أو محل إقامته المعتاد (القانون المصري) [(١)].

وإذا كان الباحث قد خلص فيما سبق إلى أن قواعد الإسناد الملائمة في مجال حماية المستهلك هي الإسناد للقانون الأكثر حماية للمستهلك والذي يمثل قاعدة إسناد تخييرية، حيث يتمثل الاختيار بين قانون الإرادة وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، فإن هذه القواعد هي التي تعمل جنباً إلى جنب مع القانون الموضوعي الالكتروني، وإذا كان بعض الفقه قد أبدى اعتراضه على إعمال قاعدة التنازع في مجال التجارة الالكترونية إلا أنه يمكن الرد على تلك الاعتراضات فيما يتعلق بقاعدة الإسناد الملائمة لحماية المستهلك.

»

Art. 1.4: "*This Directive does not establish additional rules on private international law nor does it deal with the jurisdiction of Courts*".

(١) والحقيقة أن القانون الموضوعي الالكتروني وضع ليحمي المستهلكين من الانتقاص من حقوقهم باعتباره يمثل الحد الأدنى من الحماية، والحكم المتوقع لدى المهني والمستهلك عند التعاقد أن أي قانون يعطي زيادة على هذا الحد يكون أولى بالتطبيق سواءً قانون موطن المستهلك أو قانون المهني أو قانون القاضي أو حتى القانون المختار، بمعنى أن القانون الذي يزيد من الحماية المقررة وفق القانون الموضوعي والذي يمثل الحد الأدنى من تلك الحماية يكون هو الأولى بالتطبيق.

تفادي الصعوبات التي تعيق تطبيق قاعدة التنازع على عقود المستهلك الالكترونية

نظراً لأهمية منهج قاعدة التنازع في إيجاد الحلول الملائمة لمشكلات التجارة الدولية وخاصة في ظل عدم النضوج الكامل للقواعد الموضوعية الالكترونية، فقد تصدى الفقه لوضع حلولٍ لتفادي الصعوبات والعوائق التي تقف أمام تطبيق قاعدة التنازع في مجال التجارة الالكترونية.

١. مشكلة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد وتنفيذه:

أثيرت صعوبة تحديد مكان إبرام العقد كعائق أمام تطبيق قاعدة التنازع في مجال التجارة الالكترونية، حيث إن العقد يكون بين غائبين عبر شبكة الانترنت مما يصعب معه تحديد مكان إرسال أو تسلم القبول، وبالتالي صعوبة تحديد القانون واجب التطبيق على العقد أو حتى معرفة القضاء المختص بالفصل في المنازعات التي بين أطراف العملية التعاقدية عبر الانترنت.

والمتتبع للحلول التي وضعتها الأنظمة القانونية المختلفة لحل هذه العقدة يجد التباين يقع بين نظريتين[١]؛ الأولى: نظرية إرسال القبول، حيث تعتبر أن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يضغط فيه القابل على المفتاح المخصص للقبول من أجل إرسال قبوله إلى الموجب[٢]، والنظرية الثانية: وهي تسلم القبول، حيث يعتبر أن العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب قرار القبول من المتعاقد الآخر الموجه إليه الإيجاب حتى ولو لم يطلع عليه[٣].

---

(١) وهاتان النظريتان هما الأكثر شيوعا في الواقع العملي في مجال عقود التجارة الالكترونية، وبجانبهما توجد نظريتان يندر الأخذ بهما في الواقع، الأولى تتمثل في نظرية إعلان القبول، وهي نظرية ينتقدها الفقه الحديث لما تفضي إليه من صعوبات، وكذلك الأمر بالنسبة لنظرية العلم بالقبول، وهي كسابقتها انتقد إعمالها في واقع التجارة الالكترونية وإن كان قد أخذ بها في العقود التقليدية، للمزيد انظر: د. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص٧٥.

(٢) أخذ بهذه النظرية قانون مقاطعة الكيبك الكندية ومبادئ اليونيدروا ومشروع قانون التجارة المصري في المادة الثانية حيث نصت" تسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول"، وهو بذلك يخرج عن نص المادة ٩٧ من القانون المدني المصري والتي اعتمدت نظرية العلم بالقبول.

(٣) وقد أخذ بهذا النظام اتفاقية فينا الخاصة بالبيوع الدولية في المادة ١٨ وكذلك المادة٢٤، وهو ما اتبعته دول الرابطة الأوربية للتجارة الحرة، للمزيد انظر: د. صالح المنزلاوي: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٤١٤، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص١٢٠ وما بعدها.

وقد أخذ بهذه النظرية التوجيه الأوربي الصادر في مايو ١٩٩٧م والخاص بحماية المستهلك في مجال التعاقد وبصفة خاصة التجارة الالكترونية في السوق الداخلية حيث اعتبر أن العقد يبرم في المكان والزمان الذي يتسلم فيها الموجب قبول الإيجاب، وهو كذلك في الاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات حيث يعرف وقت ومكان إنشاء العقد بالنص على أن" يعتبر العقد الذي تم باستخدام وسائل البيانات مبرما في المكان والزمان الذي تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولاً للإيجاب بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات إلى نظام حاسوب مقدم الإيجاب"، وهو ما سار عليه القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي في المادة ١٧ والتي اعتبرت أن مكان انعقاد العقد يقع في مقر عمل الموجب بصرف النظر عن المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات أو مقر القابل للإيجاب.

وينعكس هذا التباين أيضاً على مكان تنفيذ العقد، حيث إن أغلب الفقه يعد مكان التنفيذ هو مكان تسليم الأشياء والخدمات بالقياس على البيوع التقليدية إلا أنه يثير العديد من المشكلات في مجال عقود الخدمات وبين ما إذا كان البرنامج مهيئاً أو غير مهيئاً[1].

وهنا يرى الباحث أن الحل يكمن في اتفاق الأطراف على تحديد مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه، خروجاً من الجدل بين النظريات الفقهية والتباين التشريعي الذي أخذت به هذه النظرة أو تلك، أما في حال عدم وجود خيار أو اتفاق يحدد هذا المكان فإن الباحث يوصي بالأخذ بنظام تسلم القبول وذلك لسببين:

السبب الأول: إن التوجه العالمي يسير في هذا الاتجاه كما هو الشأن في اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع والتوجيهات الأوربية وأخص منها التوجيه الخاص بشأن التجارة الالكترونية ٢٠٠٠/٣١، وكذلك اتفاقية التبادل الالكتروني للبيانات.

السبب الثاني: أن هذه القاعدة أو النظرية أكثر انسجاماً مع العقود التي تتم بالطرق الالكترونية، حيث إن الحدود الجغرافية غير محددة في عالم التجارة الالكترونية وبالتالي فإن إرسال الرسالة من قبل القابل ودخولها البريد الالكتروني للموجب، بصرف النظر عن وقت ومكان علم الموجب بها، يعد هو الوقت الحقيقي لإبرام العقد الالكتروني وهو مكان إبرامه، حيث لا عبرة بمكان القابل والذي يعد تعاقده صدفة في أغلب الأحوال، مع بقاء الاعتبارات الخاصة بحماية المستهلك في مثل هذا التعاقد.

---

(١) د. صالح المنزلاوي: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٤٢٠.

٢. صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم:

تثير هوية الطرف المتعاقد وأهليته مشكلة حقيقية في مجال التجارة الالكترونية وعائقاً في إعمال قواعد التنازع وهو ما يؤثر على صحة التعاقد، فلابد من توافر الأهلية القانونية اللازمة[١]، ولا صعوبة في مسائل التعاقد بين حاضرين حيث يمكن التبَيُّنُ من أهلية كل طرف إلا أن الصعوبة تكمن في التعاقد بين غائبين حيث أثبت الواقع العملي أن عددا كبيراً من المتعاملين عبر الانترنت هم من ناقصي الأهلية[٢]، كما أن التأكد من هوية الطرف الآخر تثير مشكلة حيث يتعلق الأمر بصحة وسلامة التصرفات القانونية التي تبرم عبر الانترنت فقد يدعي الطرف الآخر أنه يمثل شركة ما على خلاف الواقع وغير ذلك من الغموض.

---

(١) وتعرف الأهلية القانونية- والمقصود بها هنا أهلية الأداء- بأنها صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية والتي يترتب عليها اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات"، وهي تتدرج وتتأثر بحسب المراحل العمرية التي يمر بها الشخص وهي ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: الصبي غير المميز(عديم الأهلية): والتي تبدأ من لحظة ولادته حتى بلوغه سن العاشرة وفق نص المادة ٥١ من القانون المدني اليمني، وهي سبع سنين وفق أغلب القوانين العربية كما هو الشأن في القانون المدني الإماراتي المادة ٨٦، وحكم تصرفات الصبي في هذه المرحلة أنها باطلة بطلاناً مطلقاً سواءً كانت نافعة نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو حتى تلك الدائرة بين النفع والضرر ولا يجوز تصحيحها من الولي أو الصبي بعد بلوغه، وفق صريح المادة ٦٠ من القانون المدني اليمني.

المرحلة الثاني: الصبي المميز(ناقص الأهلية) وهذه المرحلة تبدأ من بلوغه سن العاشرة وحتى سن الخامسة عشرة وهو سن الرشد وفق نص المادة ٥١ السابق الإشارة إليها، وفي القوانين العربية تبدأ هذه المرحلة من السابعة وحتى الحادية والعشرين كما هو الشان في المادة ٨٧ من القانون المدني الإماراتي، وحكم تصرفاته يكون بحسب نوع التصرف الذي يبرمه وفق صريح المادة ٦٠ من القانون المدني اليمني، فالتصرفات النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة كقبول الهبة، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فهي باطلة كتقديمه الهبة للغير ولا يجوز تصحيحها من الولي أو ناقص الأهلية بعد بلوغه، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار فإنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الصبي بعد البلوغ.

المرحلة الثالثة: البالغ الرشيد، كامل الأهلية والتي تبدأ من سن ١٥ سنة كاملة وما فوق مالم يتطلب القانون سناً اكبر من ذلك وفق صريح المادة ٥٠ من القانون المدني اليمني، وهي ٢١ سنة فما فوق وفق أغلب التشريعات العربية كما هو نص المادة ٨٥ من القانون المدني الإماراتي، وتكون تصرفات كامل الأهلية صحيحة مالم يصبها عارض من عوارض الأهلية. للمزيد انظر:

د. مدحت محمد محمود عبد العال: مدخل للعلوم القانونية وفقاً لقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة، طبعة أكاديمية شرطة دبي، ج٢، ٢٠٠٣م، ص١٦٩ وما بعدها.

(٢) د. صالح المنزلاوي: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٧٩.

وتكمن الحلول التي تعالج هذه المشاكل في صورتين: حلول فنية تقنية وحلول قانونية، فأما الحلول التقنية فإنه يوجد شركات تعمل على التأكد من المواقع ومدى مصداقيتها وهوية الأطراف الذين يديرونها والنشاط الذي يمارسونه، ولعل من المهم أن نذكر مثالا لتلك الشركات، كشركة cylink[1].

أما الحلول القانونية، فنجد أن التوجيه الأوربي ٢٠٠٠/٣١ بشأن التجارة الالكترونية في المادة الخامسة وكذلك المادة ١٤ من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاون الالكتروني بين الدول الأعضاء قد أوصت مؤدي الخدمة بأن يتيح للمتلقي بشكل دائم اسمه وعنوانه الجغرافي وعنوانه الالكتروني واسم السجل التجاري المقيد به ورقمه، وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته.

إلا أن هذا التوجيه لم يوضح الحكم فيما إذا كان هناك تعمد وتغيير لهذه الأهلية أو الهوية، حيث ذهب البعض إلى القول- وبحق- أن نقص أهلية أحد المتعاقدين عبر الانترنت وفقاً لأحكام جنسيته أو أحكام قانون موطن أو جنسية المتعاقد الآخر لا تؤثر في أهليته ويعتبر في حكم كامل الأهلية استناداً إلى إن نقص الأهلية يرجع إلى تعمد القاصر إخفاء أهليته وعدم علم الطرف الآخر بذلك[٢]، وهو ما أكدت عليه المادة ١١ من القانون المدني المصري حيث نصت على انه" ... إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

ونخلص من ذلك إلى أن إعطاء أطراف العقد الالكتروني حرية اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم ووضع الحلول الممكنة لتسيير العلاقة فيما بينهم مع الأخذ في الاعتبار أن هذا الاختيار يسقط متى أخل بالحماية المطلوبة للمستهلك والتي تمثل الحد الأدنى من الحماية له وفق القواعد الآمرة في قانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

وفي جميع الأحوال فإنه يمكن القول بإعمال قواعد القانون الموضوعي الالكتروني بجانب قواعد التنازع في مجال حماية المستهلك شريطة أن لا يخل هذا الإعمال بما انتهى إليه المشرع الوطني في محل الإقامة المعتادة للمستهلك من قواعد حمائية تمثل حداً أدنى له، بمعنى أن إعمالها يكون مشروعا متى حققت حماية أكبر لهذا المستهلك وهو ما يتوخاه القاضي أو المحكم عند فصله في المنازعات التي يكون أحد طرفيها مستهلكاً.

---

(١) وتدعى في نفس الوقت safenet انظر الرابط: http://www.safenet-inc.com/

(٢) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٨٣.

الباب الثاني

حماية المستهلك الالكتروني من خلال وسائل تسوية المنازعات

الفصل الأول

حماية المستهلك الالكتروني من خلال قواعد الاختصاص القضائي

الفصل الثـاني

حماية المستهلك الالكتروني من خلال التحكيم الالكتروني

الباب الثاني
حماية المستهلك الالكتروني من خلال وسائل تسوية المنازعات

تمهيد وتقسيم:

أدى التطور الهائل الذي تشهده البشرية- في الوقت الحاضر- في وسائل التكنولوجيا الحديثة، إلى حدوث ثورة في المعلومات والاتصال بين الأمم وانعكس ذلك على سبل التعامل بين الشعوب، مما زاد في معدلات إبرام المعاملات عبر تلك الوسائل الحديثة.

حيث تشير التقديرات إلى ارتفاع معدلات إبرام العقود عبر الانترنت إلى أرقام عالية، ويُرْجِعُ المختصون ذلك التطور إلى تطور وسائل الأمان في عمليات التسوق عبر الشبكة وكذلك استخدام وسائل الدفع والوفاء الالكتروني من ناحية، ومن ناحية أخرى إلى نهج المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تعطي للمستهلك عبر شبكة الانترنت حماية خاصة[(١)]، وانعكس هذا الاهتمام العالمي على التشريعات الوطنية والتي أكدت بدورها هذه الحماية.

ونتيجة لهذا التطور الهائل في وسائل إبرام العقود وخصوصاً الانترنت فقد برزت مشكلات عدة[(٢)]، لعل أبرزها التساؤل حول المحكمة المختصة التي يتعين أن ينعقد لها الاختصاص بالمنازعات الناشئة عن عقود المستهلكين التي تبرم عبر الانترنت!، حيث إن عرض السلع والخدمات والإعلان عنها للجميع عن طريق شبكة الانترنت يجعل من الصعب تحديد مكان هذا العرض أو إبرامه أو حتى مقر المنشأة بل وقد يدخل في ذلك مقدم خدمات الانترنت[(٣)].

---

(١) للمزيد انظر:

Louis F. Del Duca, Albert H. Kritzer & Daniel Nagel: **Achieving Optimal Use of Harmonization Techniques in an Increasingly Interrelated Twenty-First Century World Consumer Sales**:Moving the EU harmonization Process to a global plane, available online:http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca-kritzernagel .html.

(٢) في تلك المشكلات ومبادرات تسوية منازعات التجارة الالكترونية انظر:

Alan Wiener: **Opportunities And Initiatives In Online Dispute Resolution**: Originally published in SPIDR, Society of Professionals in Dispute Resolution, Summer 2000, Volume 24, No.3, p.13.

(٣) د. جمال محمود الكردي: التجارة الالكترونية والاختصاص القضائي بمنازعاتها، دراسة تطبيقية في عقود الاستهلاك عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠م، ص٥٦.

لذا اختلف الفقه بشأن القضاء المختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن التعامل في ظل العالم الافتراضي؟ وما إذا كانت- في ظل عولمة الاتصال- تحتاج إلى وجود قضاء افتراضي يستخدم الإجراءات الالكترونية لتحقيق السرعة وتخفيض التكاليف.

فوفقاً للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص فإن المنازعات الناشئة عن عقود المستهلكين الالكترونية، تدخل في نطاق الاختصاص القضائي للدولة الوطنية إذا لم يتضمن العقد شرط التحكيم أو في اتفاق لاحق له وفق مشارطة التحكيم، إذ إن اتفاق التحكيم يؤدي إلى إخراج النزاع من مجال اختصاص القضاء الوطني وإدخاله في مجال اختصاص هيئة التحكيم المتفق على اللجوء إليها(١)، وبذلك فإنه يتعين تحديد المحكمة المختصة دولياً بنظر المنازعات الناشئة عن عقود المستهلكين الالكترونية.

ومن المعلوم أن الحديث عن الاختصاص القضائي الدولي في مجال العقود لا يكون إلا في العقد الذي يتسم بالطابع الدولي(٢). ولما كانت عقود المستهلكين عبر الانترنت تنعقد في إطار الشبكة بإيجاب موجه إلى جميع العملاء عبر الشبكة، فإن العقد يكون دولياً لتطرق العنصر الأجنبي إلى أحد عناصره(٣).

وإذا كانت الدول تضع ضوابط لتحديد اختصاصها القضائي الدولي(٤)، فإن الفقه بدأ يثير العديد من التساؤلات عن مدى ملاءمة الضوابط التقليدية لمنازعات الحياة العصرية الحديثة، وخصوصاً منازعات العقود التي تتم عبر الانترنت، حيث إنها تخترق الحواجز الإقليمية بين الدول(٥)، الأمر الذي يجعلها مجالاً خصباً لتنازع الاختصاص القضائي الدولي، زد على ذلك أن المعايير التقليدية هي معايير مادية إقليمية تقوم على روابط مكانية لا تستجيب لطبيعة المعاملات الالكترونية من حيث قيامها على معطيات غير محسوسة(٦)،

---

(١) سيأتي بيان دور التحكيم الالكتروني في حل منازعات المستهلكين الالكترونية في الفصل الثاني من هذا الباب.

(٢) وفق المعايير والضوابط السابق بيانها سابقاً ص٤٣ وما بعدها.

(٣) د. أشرف وفا محمد: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٤) هذه الضوابط أو المعايير هي مكانية أو شخصية.

(٥) د. جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، دار النهضة العربية، القاهرة٢٠٠٥م، ص١٤.

(٦) فالإنترنت يقلل من أهمية الموقع الجغرافي للأشخاص، وذلك أن المعاملات التي تتم عَبْرَهُ لا تقوم على أسس جغرافية، للمزيد انظر:

Denis T. Rice: **jurisdiction over Internet Disputes Different Perspectives Under American and European law in** 2002, available online:http://www.howardrice .com/uploads/content/ jurisdiction_internet.pdf.

مما يعني ضرورة إعادة النظر في تلك المعايير عند تطبيقها على منازعات التجارة الالكترونية[١].

ويقابل الاختصاص القضائي التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل منازعات الحياة العصرية والذي أصبح محل اهتمام من العديد من الأفراد لما يتمتع به من سرعة في حل المنازعات وتخفيض في التكاليف والأعباء خصوصاً في حالة المستهلك[٢]، إلاأن الفقه قد وقف عنده ملياً ليبدي ملاحظاته فيما قد يفضي إليه.

وهنا يتعين دراسة وسائل تسوية منازعات عقود المستهلكين الالكترونية من خلال تقسيم ذلك إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: حماية المستهلك الالكتروني من خلال قواعد الاختصاص القضائي.

الفصل الثاني: حماية المستهلك الالكتروني من خلال التحكيم الالكتروني.

---

(١) وإذا كان سبب قصور المعايير التقليدية في فض التنازع القضائي حول منازعات التجارة الالكترونية يرجع إلى طبيعة البيئة التي يتم إبرام العقد من خلالها- شبكة الانترنت- إلا أن هناك أسباباً تزيد من هذه الصعوبة يرجع بعضها إلى طبيعة أو مدى اختصاص المحاكم الوطنية الذي ينحصر في حدود الدولة التي تتبعها، مما يبرز التناقض بين نطاق الحماية الإقليمية والطابع العالمي للشبكات التي يتم إبرام العقود من خلالها، للمزيد انظر: د. أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة٢٠٠٣م، ص٦.

(٢) بل إن البعض يرى ضرورة أن يحسم النزاع بالطرق الودية كالوساطة التي يجب أن يُلجَأ إليها أولاً لما تحققه من إعادة بناء الثقة بين الأطراف واستمرار تنفيذ الالتزامات بعيداً عن استصدار حكم قضائي يكون له طابع القوة والجبر، ولعل ابرز تلك الوسائل ما تعرف بالتسوية على الخط on- line dispute resolution procedure.

الفصل الأول

حماية المستهلك الالكتروني من خلال قواعد الاختصاص القضائي

المبحث الأول

مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي التقليدية لحماية المستهلك الالكتروني

المبحث الثاني

خصوصية ضابط موطن المستهلك في حماية المستهلك الالكتروني

الفصل الأول
حماية المستهلك الالكتروني
من خلال قواعد الاختصاص القضائي

تمهيد وتقسيم:

عقود المستهلكين في العموم مثلها مثل غيرها من العقود، فالمنازعات الناشئة عنها تخضع للقواعد العامة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، حيث ينعقد الاختصاص بشأنها لمحكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، أو للمحكمة التي يتفق الأطراف على عرض منازعاتهم عليها، أو ينعقد الاختصاص لمحكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه وفق الضابط الخاص بالعقود[(١)].

وفي ما عدا حالة وجود اتفاق- بين أطراف العقد- يحدد الجهة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن عقدهم فإن غالبية الأنظمة القانونية تتطلب -لاختصاص محاكم دولة معينة بالنزاع- وجود ارتباط بين العقد وهذه الدولة كأن يبرم فيها أو يجري تنفيذه أو يكون لأحد أطرافه موطن على إقليمها[(٢)].

وفي ذلك تسير الاتفاقيات الدولية المنظمة للاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ونفس الأمر تأخذ به التشريعات الوطنية للدول قاطبة، وكل ما هنالك أن الاختلاف يكون بإبراز أهمية معيار على آخر وإعطائه أولوية في التطبيق أو أن يوجد توسع في وضع تلك الضوابط والمعايير لتحقيق مصلحة معينه يبتغيها المشرع من ذلك.

وعموماً فإن القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي تختلف من بلد إلى آخر، ونقطة الخلاف تتمثل أساساً في مدى تقدم الدول وتطور نظامها القضائي، كما يكمن هذا الاختلاف فيما يتعلق بمدى امتلاك الدول لقواعد قضائية خاصة لحل المسائل المتعلقة بالمستهلكين[(٣)]، فهناك ضابط يحدد فيه الاختصاص خارج الضوابط العامة للاختصاص

---

(١) د. جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، مرجع سابق، ص٥٦.

(٢) انظر:
Denis T. Rice: **jurisdiction over Internet Disputes Different Perspectives Under American and European law in 2002**, op. cit, p.3.

(٣) انظر:

«□

القضائي الدولي وهو ضابط يقوم على اعتبارات حماية الطرف الضعيف في العقد حيث ينسب الاختصاص لمحكمة موطن أو محل إقامة المستهلك نفسه، وهذا الضابط يقوم على اعتبار أن الطرف الضعيف قد يقعد عن المطالبة بحقه فيما لو لجئ إلى المعايير التقليدية، بل إن البعض يحظر اللجوء إلى تلك المعايير خصوصا عندما تفرز عن حماية أقل من تلك الحماية التي يرتبها له المعيار الخاص به، وهو ما سوف نوضحه في هذه الدراسة.

وعليه فإن دراسة الاختصاص القضائي يتطلب تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي التقليدية لحماية المستهلك الالكتروني.

المبحث الثاني: خصوصية ضابط موطن المستهلك في حماية المستهلك الالكتروني.

»

Lee A Bygrave & Dan Svantesson: **Jurisdictional Issues and Consumer Protection in Cyberspace**: The View from "Down Under"[Paper presented at conference entitled "Cyberspace Regulation: E-Commerce and Content", Grace Hotel, Sydney, 24.05.2001], p.2, Available online:http://www.austlii.edu.au/au/other /CyberLRes/2001/12/.

المبحث الأول
مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي التقليدية
لحماية المستهلك الالكتروني

تقسيم:

للدولة سلطة تنظيم الولاية القضائية داخل إقليمها الوطني، فالدولة تفرض اختصاصها القضائي على الأشخاص المقيمين في نطاق إقليمها أو على السلوك الذي يقع داخل ذلك النطاق كأن يقع الضرر داخل ذلك الإقليم، أو أن يقع ذلك السلوك على أحد رعاياها.

ونجد أن الانترنت قد قوض تلك القواعد التقليدية حيث إن الانترنت يتجاهل تلك الاعتبارات التي تقوم على أسس إقليمية، وبالتالي فإنه يصعب القول بأن السلوك أو التصرف وقع داخل إقليم دولة معينة أو في نطاق الولاية القضائية لتلك الدولة[١].

وبصفة عامة يجري حل منازعات المستهلكين في القانون الدولي الخاص داخل أروقة المحاكم الوطنية، وفق القواعد التقليدية، ويتحدد الاختصاص لتلك المحاكم بالنظر إلى المكان الذي يتوطن فيه المدعى عليه، أو المحكمة التي يتفق الأطراف على عرض منازعاتهم عليها، أو أن ينعقد الاختصاص لمحكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد[٢]. وبذلك ينقسم بحث هذه المعايير التقليدية إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اختصاص محكمة موطن المدعى عليه.

المطلب الثاني: اختصاص المحكمة التي اتفق على اللجوء إليها.

المطلب الثالث: ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه.

---

(١) انظر:
Denis T. Rice: **Jurisdiction Over Privacy Issues On The Internet**, works paper, Cyberspace Law Committee of the Business Law Section and the International Law Section, State Bar of California, November 4, 2004, p.11, available online: http://www.howardrice.com/index.cfm? fuseaction=people.personDetail&id=9554.

(٢) هنا سوف يستبعد من هذه الدراسة ضابط الجنسية كمكون من عناصر الاختصاص الشخصي، اولاً: لعدم ملاءمته لموضوعات التجارة الالكترونية، ثانياً: لاستبعاده من قبل الاتفاقيات الدولية والتنظيمية التي تنضم قواعد التجارة الالكترونية الدولية والوطنية، ثالثاً: النقد المُوجّه إليه من قبل الفقه، وكلها أسباب تؤدي إلى استبعاده في مجال عقود المستهلكين الالكترونية.

المطلب الأول
اختصاص محكمة موطن المدعى عليه

نصت المادة ٢٩ من قانون المرافعات المصري[1] على أن " تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج"[2].

ويعد هذا المعيار هو المعيار الأصلي والعام في الاختصاص القضائي الدولي[3]، حيث تختص محاكم الدولة التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدعى عليه الأجنبي بنظر كافة المنازعات التي يكون هو طرف فيها بصرف النظر عن موضوع الدعوى أو سببها[4].

والحقيقة أن هذه القاعدة هي قاعدة أصيلة سواءً في الاختصاص القضائي الدولي أو الاختصاص القضائي الداخلي[5]، فنجد أن المادة ٤٩ من قانون المرافعات المصري تنص على أنه " يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، فهي قاعدة عامة[6]، كما أن المشرع لم ينص على قيد يعلق هذا الاختصاص باستثناء القيد الوارد في المادة ٥٠[7]. ومن ثم، فإنه يجوز للمدعي رفع جميع الدعاوى على المدعى عليه – مصري أو أجنبي لا فرق- أمام محكمة موطنه.

---

(١) قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م والمعدل بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م، نشر في الجريدة الرسمية العدد٢٢ مكرر ٦ يونيه ٢٠٠٧م.

(٢) يقابل هذا النص نص المادة ٧٩ من قانون المرافعات اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م منشور في الجريدة الرسمية العدد التاسع عشر لسنة ٢٠٠٢م.

(٣) هذا الضابط هو القاعدة الأساسية التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي في بعض الاتفاقيات الدولية ولعل أهمها هي اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨م بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية بين دول السوق الأوربية في المادة الثانية منها، وهو ما سارت عليه لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في الباب الثاني المادة ٥، اتفاقية لوغانو ١٩٨٨م، وهو ما يأخذ به القانون الانجليزي Civil jurisdiction and judgments Act 1982 (CJJA) في القسم ٤١، للمزيد في التعليق على هذه النصوص انظر:

Poyton (D.A.) : **Electronic Contracts: an analysis of The Law Applicable to electronic contracts in England and Wales and Its Role in Faciliating The Growth of Electronic**, PHD, University: WALESABERYSTWYTH, 2004, p.38.

(٤) د. صالح جاد المنزلاوي: الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للإحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨ ص٦٧.

(٥) د. هشام على صادق: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني تنازع الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥م، ص٩٧.

(٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠م، ص١١٤.

(٧) حيث تنص المادة ٥٠ من قانون المرافعات المصري على أنه" في الدعاوى العينية العقارية ودعاوى الحيازة

«

فضابط موطن المدعى عليه يتسم من ناحية أولى: بالطابع العام[١]، فتخضع وفقاً له جميع الدعاوى يستوي في ذلك الدعاوى العينية أو الشخصية، وسواء كان المدعى عليه شخصاً طبيعياً أو معنوياً فلا فرق بينهما وفق نص المادة٢٩ من قانون المرافعات المصري[٢].

ومن ناحية أخرى فهو ضابط إقليمي[٣] حيث يربط الشخص بإقليم دولة معينة، مما يعني ضرورة الوجود المادي للأشخاص في دائرة اختصاص المحكمة[٤]، وهو ضابط شخصي مناطه الصلة القائمة بين الشخص وإقليم دولة معينة[٥].

كما أنه يعد ضابطاً قانونياً من ناحية رابعة، حيث إنه يقوم على فكرة قانونية يتكفل القانون الوطني للدولة المعنية ببيان ماهيته وشروطه[٦]، وهنا يتعين بيان المقصود بالموطن وفق النص السابق! وما هي مبررات بناء الاختصاص القضائي الدولي عليه؟ وأخيراً مدى صلاحيته كضابط لبناء الاختصاص بشأن منازعات عقود المستهلكين الالكترونية؟.

»

يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إن كان واقعاً في دائرة محاكم متعددة ، وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه"، وتسير في ذلك محكمة النقض وفق الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٨م.

(١) انظر في ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٢٩، د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٠٣.

(٢) وهو الرأي الراجح في الفقه، حيث إن المادة ٢٩ من قانون المرافعات جاءت مطلقة وبصيغة عامة مما يعني انصراف معناها إلى الشخص الطبيعي والمعنوي على السواء، بل وأن التفريق بينهما وقصر حكمها على الشخص الطبيعي فقط، هو انحراف عن الغاية التي يتوخاها المشرع، وموطن الشخص المعنوي هو المكان الذي يوجد به مركز إدارته وهو موطن حكمي، ونجد تطبيقاً لذلك نص المادة ٥٣ مدني حيث تنص " ... الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية"، وهو الحكم ذاته الذي تسير عليه محكمة النقض المصرية فنجد حكمها في ١٣ يناير ١٩٨٦م - الطعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٥٠ ق منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة ١٩٨٦م ص١٦٦- حيث جاء في حيثيات الحكم " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان الموطن الأصلي للشخص طبيعياً كان أو اعتبارياً موجوداً في الخارج وكان يباشر نشاطاً تجارياً أو حرفة في مصر اعتبر المكان الذي يزاول فيه هذا النشاط موطنا له في مصر في كل مايتعلق بهذا النشاط".

(٣) د. طرح البحور على حسن فرج: عقود المستهلكين بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، مرجع سابق، ص١٧٤.

(٤) د. أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٨.

(٥) وهو ما يقوم عليه الاختصاص الشخصي في الولايات المتحدة الامريكية، للمزيد انظر:
Uta Kohl : **Jurisdiction and the Internet**, op. cit., p.74.

(٦) د. هشام على صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص١٠١.

أولاً: مفهوم الموطن The Concept of Domicile:

لتحديد مفهوم الموطن أو الإقامة كأساس للاختصاص القضائي الدولي فإنه يجب الرجوع إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع، إذ المسألة تتعلق بتفسير قاعدة وطنية[١]، كما أنها تعتبر من مسائل التكييف[٢]، حيث تنص المادة ١٠ من القانون المدني المصري على أن " القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يتطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه بينها" وفي حال أُريد رفع الدعوى أمام القاضي المصري فإن أول ما يبحثه القاضي هو مسائل الاختصاص وفق قانونه الوطني، وبالرجوع إلى ذلك القانون فإننا نلحظ التفرقة بين أربعة أنواع من المواطن فهناك الموطن العام، والموطن المختار، والموطن الخاص، والموطن الحكمي أو القانوني[٣]:

١. **الموطن العام: ويقصد به طبقاً لنص المادة ٤٠ من القانون المدني المصري، المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وهنا نجد أن هذا الضابط يتحدد بمعيارين أساسيين: الأول: مادي ويمثل الإقامة أو السكن في مكان معين بإقليم الدولة، والثاني: ركن معنوي يكمن في الاعتياد والاستقرار، بمعنى أن تتوافر له نية الإقامة الدائمة في ذلك المكان، بغض النظر فيما لو تغيب الشخص عن محل إقامته لبعض الوقت[٤][٥].**

---

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤م، ص٤١٨.

(٢) د. جمال محمود الكردي: التجارة الالكترونية والاختصاص القضائي بمنازعاتها، مرجع سابق، ص٦٠.

(٣) انظر في مثل هذا التقسيم في الفقه والتشريع الاجنبي:
Peter Stone: **EU Private International Law Harmonization of Laws**, Edward Elgar Cheltenham, UK, 2006, p.59.

(٤) هذا ما تؤكد عليه أحكام القضاء، حيث نجد أن محكمة استئناف إنجلترا وولز تقرر ذلك في أحد أحكامها الصادر في ٢٠٠٤م، انظر:
Mark v. Mark [2004] EWCA Civ. 168; [2004] 3 WLR 641, *"residence in the relevant country and live there for a period to demonstrate that the residence has become habitual"*.
وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٩٧/٥/١٣م " إن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بنية الاستقرار ولو تخللت الإقامة فترات غيبة متقاربة أو متباعدة ..." طعن رقم ١٥٤ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/٥/١٣م س٤٨ ج١، ص١٩، وفي تقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرهما في الموطن واستخلاص الإقامة المعتادة هو من الأمور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع" الطعنان رقم ١٨٦١، ١٧١٦لسنة ٥١ جلسة ١٩٩٢/٤/١٩م س٤٣ ج١، ص٦١٣.

(٥) لمزيد من التفصيل انظر
Peter Stone: **EU Private International Law Harmonization of Laws**, op. cit., p.61 *"'residence' requires a settled or usual place of abode with a substantial degree of permanence or continuity, and that the presumption of substantial connection from three months' residence provides no guidance as to whether the person has become resident."*.

غير أنه في حالة الوجود العارض أو المرور العابر للمدعى عليه في إقليم الدولة فإن ذلك لا يمثل أساساً لاختصاص المحاكم المصرية وفق صريح المادة ٢٩ مرافعات[١]، إذ إن مجرد المرور ببلد ما لا يمثل عنصراً مهماً في العقود الدولية، فالإقامة تتفق مع مبدأ القوة والنفاذ وهي تستقيم مع فكرة العدالة[٢][٣].

٢. <u>الموطن الخاص</u>: حيث جاء نص المادة ٤١ مدني " يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته أو حرفته، موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة" وهوا ما يعرف

---

(١) بينما نجد أن بعض الدول تقول بالتواجد العابر وتقيم عليه الاختصاص لمحاكمها، كانجلترا وكندا واستراليا والولايات المتحدة الأمريكية، حيث تقرر إختصاص محاكمها وفق قواعد الأختصاص الشخصي *Personal Jurisdiction* على الأشخاص الذين لم يكن لهم محل إقامة على أراضيها وإنما كان لهم اتصال بها من خلال المعاملات التجارية عن طريق البريد والاتصالات اللاسلكية، إذ من شأن ذلك أن يرتب آثاراً قانونية، للمزيد انظر:

Sharon K. Black: **Telecommunications Law in the Internet Age**, The Morgan Kaufmann Series in Networking, USA, 2002, p.398, *"In the United States, a state cannot just claim jurisdiction over any party it chooses. It must first consider whether the state has certain "minimum contact" with the party. In such cases, the claimant is known as the forum state and in deciding what contacts are sufficient, elements such as* ***(1)*** *residence,* ***(2)*** *incorporation, or* ***(3)*** *property ownership in the state are considered. While physical presence of the defendant in the state is not required, lesser contact, such as business transactions by mail or wire communications can establish jurisdiction. As the U.S. Supreme Court noted, it is an inescapable fact of modern commercial life that a substantial amount of business is transacted solely by mail and wire communications across state lines, thus obviating the need for physical presence within a State in which business is conducted".*

والواقع أن بناء الاختصاص القضائي الدولي على هذا الفرض المتمثل في الوجود العارض أو المؤقت للمدعى عليه في إقليم الدولة لا يتفق مع الأصول التي يقوم عليها تقرير الاختصاص القضائي، وذلك أن الوجود العارض لا يكفي لربط النزاع بإقليم الدولة وبالتالي عقد الاختصاص القضائي له هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن هذا الفرض يتعارض مع أهم مبدأ، ثابت وراسخ، في فقه المرافعات وهو مبدأ الفاعلية وقوة النفاذ، كما انه يخل بمبدأ العدالة المتمثل في حق الدفاع وما يتصل بها.

(٢) فالمحاكم المصرية يمكنها ان تنفذ بسهولة الحكم الصادر منها ضد المدعى عليه الواقع مادياً تحت سلطاتها الإقليمية كما أنه من جهة أخرى يحقق العدالة للمدعى عليه من حيث تيسير دفاعه، د. صالح جاد المنزلاوي: الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص٦٨.

(٣) للمزيد في مدلول الإقامة وعناصرها التي تقوم عليها انظر: د. عصام الدين القصبي: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص١١.

بالموطن الخاص[١]، فالمكان الكائن به متجر أو مصنع يعد موطناً لصاحبه فيما يتعلق بالأعمال التي ترتبط به[٢]، فإذا ما ثار نزاع بشأن تلك الأعمال فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرتها المصنع أو المتجر.

٣. <u>الموطن الحكمي أو القانوني</u>: وهو موطن من ينوب قانوناً عمن لا يستطيعون مباشرة حياتهم القانونية لوجود عارض يحول دون ذلك، ومن ثم فلابد من شخص ينوب عنهم للقيام بتلك الأعمال، فرعاية مصلحة عديمي الأهلية أو ناقصيها وكذلك المفقود والغائب، تبرر عقد الاختصاص- بالدعاوى التي ترفع عليهم- للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن من ينوب عنهم قانوناً[٣].

مع ملاحظة ما استثنته المادة ٢/٤٢ مدني من أن للقاصر الذي بلغ تمام ثمان عشرة سنة ومن في حكمه موطناً خاصاً بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي تعد القانون أهلا لمباشرتها، ومن ثم لا يجوز رفع الدعوى على هذا القاصر في موطنه الحكمي كما سبق بيانه وإنما في موطنه الفعلي[٤].

٤. <u>الموطن المختار</u>: نجد أن المادة ٤٣ مدني تنص على أنه " يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة". وعليه، فإن الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل أو النشاط وفق قواعد الاختصاص الداخلي بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا أدرج شرط يحدد الاختصاص بشأن أعمال دون أخرى[٥].

---

(١) وهو ماتاخذ به الاتفاقيات الدولية كما هو الشأن في المادة ١/٦٠ من لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ في شأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام القضائية، التي ورد نصها على النحو اتالي:

Art. 60/1"*For the purposes of this Regulation, a company or other legal person or association of natural or legal persons is domiciled at the place where it has its:(a) statutory seat, or (b) central administration, or (c) principal place of business.*"

ويقابل هذا النص نص المادة ٢٧/ج من القسم ٤١ من القانون الانجليزي ١٩٨٢م.

(٢) للمزيد انظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص٤١٩، وفي الفقه الأجنبي انظر:

Peter Stone: **EU Private International Law Harmonization of Laws**, op. cit., p.62, Poyton (D.A.) **: Electronic Contracts**: op. cit., p.40.

(٣) د. أبو العلا النمر: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠٠٨م، ص٤٤، هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٨١.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٢٣.

(٥) د. جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي بمنازعات الحياة العصرية، مرجع سابق، ص٦١.

هذا ولم يخرج المشرع عن تلك القاعدة بالنسبة للاختصاص الدولي فقد جاءت المادة ١/٣٠ مرافعات لتقرر ذات المبدأ حيث إن الأجنبي الذي له موطن عام في الخارج ولم يكن له موطن أو محل إقامة في مصر، وإنما اتخذ مصر موطناً لتنفيذ عمل قانوني معين، فإنه يكون بذلك قد قبل اختصاص المحكمة المصرية في الدعاوى المتعلقة بذات النشاط أو العمل(١).

غير أن جانباً من الفقه يرفض هذه الفكرة فلا يرتب على اختيار الشخص لدولة ما رضاءه الخضوع لاختصاص محاكمها في الدعاوى المرفوعة ضده، وإنما يربط ذلك بقبول ذلك المقيم (المدعى عليه) ذلك الاختصاص صراحة أو ضمناً، ويمكن اعتبار اختياره للإقامة في مصر مثلاً قرينة على هذا الرضا ويجوز للقاضي استخلاص عكس ذلك من ظروف وواقع الحال بما يترتب على ذلك من أن للقاضي أن يتخلى عن اختصاصه رغم تحديد المدعى عليه لمصر كموطن مختار إذا كان النزاع لا يرتبط بالإقليم المصري بأي وجه من الوجوه(٢).

وخلاصة ذلك: أن المحاكم المصرية تختص بنظر الدعاوى التي ترفع على الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الأجنبية التي لها موطن في الدولة، وفق الموطن العام، أو أن يكون لها موطن خاص من أجل تنفيذ أعمال معينة، أو موطن حكمي أو قانوني لمن ينوب عن فاقد الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو المفقود، وأخيراً في حال كان للشخص موطن مختار فيها.

على أنه تجدر الإشارة إلى أنه في حال تعدد مواطن المدعى عليه، أي أن له أكثر من موطن في أكثر من دولة، فإن الاختصاص ينعقد لمحاكم كل دولة من الدول التي له موطن بها(٣)، ومن ثم فإن للمدعى حرية الاختيار من بين تلك المواطن بما يناسب ويخدم مصالحه، وهو وحده من يُقَدِّر ذلك(٤).

كما أن من المتصور أن يكون العكس من ذلك بأن ينعدم موطن المدعى عليه أو يكون مجهولا، وهنا يرجع إلى الضابط الاحتياطي، وهو محل إقامة المدعى عليه لتقرير الاختصاص لمحكمة محل إقامته، وهو ما يسير عليه الفقه الحديث(٥).

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٢٣.

(٢) د. هشام على صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، مرجع سابق، ص١٠٠.

(٣) مع مراعاة أن يكون من بين ضوابط اختصاص تلك الدول التي سوف ترفع الدعوى أمام إحداها ضابط موطن المدعى عليه.

(٤) ولا شك أن من أهم المرتكزات التي سوف يراعيها عند عملية الاختيار مسألة القرب وتقليل النفقات والتكاليف، ومسائل قانونية أخرى كمسائل الإثبات ومبالغ التعويض.

(٥) د. جمال محمود الكردي:التجارة الالكترونية والاختصاص القضائي بمنازعاتها، مرجع سابق، ص٦٤.

أما إذا كان محل إقامة المدعى عليه غير معلوم كموطنه فإن ليس أمام المدعي إلا أن يسلك أحد أمرين: الأول: أن يرفع دعواه أمام محكمة مختصة وفق الضوابط الأخرى، الأمر الثاني أن يرفع دعواه أمام محكمة دولته خوفاً من الوقوع في إنكار العدالة[(١)].

ثانياً: مبررات بناء الاختصاص على فكرة "موطن المدعى عليه"

نجد أن الفقه قد انقسم إلى فريقين بصدد التصدي للأسس التي ينبني عليها انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة بناء على ضابط موطن المدعى عليه الأجنبي أو محل إقامته في إقليم الدولة:

الفريق الأول: يرى أن سيادة الدولة هي منبع فكرة عقد الاختصاص وفق هذا الضابط، فهو يرى أن كلاً من الموطن أو محل إقامة المدعى عليه الأجنبي هما صلة بين الشخص وإقليم تلك الدولة، ومن ثم فهما يربطان المنازعة بإقليم الدولة، وكل دولة لها مطلق السيادة على إقليمها، وهي سيادة يفرضها توطن أو إقامة المدعى عليه[(٢)].

الفريق الثاني: وفيه يرى أصحابه أن مراعاة مصلحة المدعى عليه المتوطن أو المقيم في إقليم الدولة وضمان مستقبل تنفيذ الحكم الصادر ضده هما أساسان منطقيان لعقد الاختصاص القضائي لمحاكم تلك الدولة، حيث إنهما يحققان مبدأ الكفاية والفاعلية[(٣)(٤)].

وعلى كلٍ فإن عقد الاختصاص بناء على ضابط الموطن أو محل الإقامة يقوم على اعتبارات أساسية بعيداً عن فكرة السيادة: فمن ناحية أولى: الأصل في الإنسان براءة الذمة المالية ومن يدعي العكس عليه إقامة الدليل على ما يدعيه[(٥)]، ومن له حق في مواجهة آخر عليه أن يسعى إليه ويطالبه في موطنه أو محل إقامته[(٦)].

---

(١) د. جمال محمود الكردي:التجارة الالكترونية والاختصاص القضائي بمنازعاتها، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٢) د. عنايت عبد الحميد ثابت: مبتدأ القول في أحكام فض تداخل مجالات انطباق القوانين في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤م، ص١٥٢.

(٣) في عرض هذا الرأي ودحض حجج الرأي الأول انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١١٥، وهو ما يؤيده الدكتور هشام على صادق في أحدث مؤلفاته: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٨٠، د. عبد المنعم زمزم: عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٣٢.

(٤) قارن في ذلك عند:
Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.45.

(٥) د. هشام علي صادق: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٩٧.

(٦) د. أبو العلا النمر: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، مرجع سابق، ص٤٧.

ومن ناحية أخرى: إن الوضع الظاهر يُدَعِم الاختصاص وفق هذا الضابط، فالمدعى عليه له ملكية الشيء الذي في حوزته إلى أن يثبت من يدعي العكس، ومن ثم فعلى المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه حيث موطنه أو محل إقامته[١].

ومن ناحية ثالثة: إن عقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه يقوم على اعتبار عملي يكمن في أن عدم الأخذ بهذه القاعدة سوف يجعل المدعى عليه تحت رحمة المدعي، الذي قد يتعمد إقامة الدعوى في مكان بعيد عن محل إقامة المدعى عليه مما يعني تكبده مشقة الانتقال وتكبد مصاريف باهظة دون مقتض[٢].

ومن ناحية أخيرة: فإن عقد الاختصاص في هذه الصورة يتفق مع مبدأ مهماً من المبادئ الراسخة في الاختصاص القضائي الدولي وهو ضمان الفاعلية الدولية للأحكام، فمحكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته هي التي يسهل فيها اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذ الحكم بل والحجز على أموال المدعى عليه إن وجدت، بمعنى ضمان المستقبل التنفيذي للحكم حتى لا يكون مجرد حبر على ورق.

ثالثاً: مدى ملاءمة ضابط الموطن لعقد الاختصاص بشأن عقود المستهلكين الالكترونية.

إذا أبرم عقد استهلاك عبر شبكة الانترنت online contract سواء تعلق الأمر بسلع أو خدمات وأثير نزاع بشأن هذا العقد، وجرى إخضاع مثل هذه العلاقات لولاية محكمة موطن المدعى عليه الاجنبي على نحو ما سبق بيانه، فإن ذلك سوف يكشف عن بعض الصعوبات القانونية ذلك أن تحديد الموطن يقوم على ربط الشخص بمكان قانوني أو إقليم دولة معينة، بينما ذلك يكون من الصعوبة بمكان في العقود التي تتم عبر الانترنت، لكونها تقوم على عناوين الكترونية تبتعد كثيراً عن إعطاء دلائل واضحة على العنوان الحقيقي[٣].

ومن ثم، ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة التوقف عن إعمال مثل هذا الضابط على العقود التي تتم من خلال الانترنت، لما يكتنفه من قصور[٤]. هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن مؤداه يفضي إلى إلزام المستهلك بتحمل كافة الأعباء المتعلقة بمقاضاته للمدعى

---

(١) د. جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي بمنازعات الحياة العصرية، مرجع سابق، ص٦٥.

(٢) د. هشام على صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبعة دار المطبوعات الجامعية، مرجع سابق، ص٩٨.

(٣) د. صالح جاد المنزلاوي: الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص٨١.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص٣٩، د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٦٢.

عليه، مما يعني إجهاض قواعد الحماية الخاصة التي أولاها المشرع لبسط الحماية له بكونه الطرف الضعيف في التعاقد، ومن ثم ما دام لا يستفيد منها فلا قيمة لها(١).

ونتيجة لتلك الصعوبات، فقد اختلف الفقه في وضع معيار محدد يمكن الارتكان إليه لتحديد أماكن الأطراف المتعاقدة عبر الشبكة العالمية، وذلك بأن عرضو أكثر من معيار:

الأول: يقوم على مكان تكوين العقد كضابط لتحديد مكان الأنشطة التجارية للأطراف، ومن ثم فإن العقد يتكون عند إرسال القبول أو تسلمه من الطرف الموجب، وبالتالي يكون مكان تسليم أو تسلم القبول هو مكان العمل بالنسبة للأطراف. والواقع أن هذا الضابط منتقد إذ إنه يوقع في نفس الغموض- المتمثل في صعوبة تحديد محل إقامة أطراف العقد أو مقر عملهم- ومن ثم فهو يُرْجِعُنا إلى نقطة الصفر من جديد(٢).

الثاني: بنى هذا الاتجاه معياره على المكان الأوثق صلة بالعقد وبتنفيذه، كضابط لتحديد مكان النشاط التجاري، إلا أن هذا الاتجاه منتقد أيضاً فإذا كان يفيد في تحديد مكان العمل في حال التعدد إلا أنه يؤدي إلى عدم اليقين خصوصاً في العقود التي تتم عبر الانترنت(٣).

الرأي الثالث: ويعتبر أكثر مرونة وأقرب إلى الصواب وفيه يركز هذا الاتجاه على ضرورة أخذ العنوان الالكتروني الذي أرسلت منه الرسالة في الاعتبار، كالأحرف الدالة على الدول مثل (at) التي تدل على أن البلد المرسل منه النمسا، أو(nz) والتي تشير إلى نيوزلندا، أو(eg) إشارة إلى مصر، أو(fr) إشارة أن مكان العمل في فرنسا(٤).

ومن هنا فقد أنشئت في بلدان مختلفة شركات تتولى تحديد العناوين عبر الانترنت والتوثيق لتلك الشركات نظرب مثالاً لذلك بالشركة الفرنسية (AFNIC)(٥)، التي تتولى منح الشركات العنوان الالكتروني وتمنح شهادة بملكيته كعلامة تجارية، ويضيف هذا الرأي أن اللغة والعملة قد تشير إلى نطاق توجيه النشاط.

---

(١) د. طرح البحور على حسن فرج: عقود المستهلكين الدولية مابين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، مرجع سابق، ص١٧٥.

(٢) راجع الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة التاسعة والثلاثون ١١-١٥مارس ٢٠٠٢م ص١٠، متاح على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/en-index.htm

(٣) في عرض هذا الرأي ونقده انظر: د. صالح جاد المنزلاوي. الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص٨٣.

(٤) انظر في عرض هذه الفكرة:

Froment, Camille; **La loi applicable aux contrats du commerce électronique**; available online; http://www.u-paris2.fr/dessdmi/articles/memoires/PDF/camillefroment.pdf. p12.

(٥) وهو اختصار لمصطلح: **L'association française pour le Nommage Internet en copération**

على أن هذا الاتجاه رغم منطقيته، إلا أنه يمكن تسجيل أو إبداء ملاحظات عليه، فمن ناحية أولى: هذا الرأي يعجز عن وضع حلول عملية في حال- وهو الواقع- قيام شركات بعرض منتجاتها على مواقع أجنبية لا يوجد ارتباط بينها وبين تلك الشركات[(١)]، كأن تقوم شركة منتجات تجميل مصرية بالإعلان عن منتجاتها على مواقع فرنسية وتركية، أو في حال كان التسليم من قبل مستودعات منتشرة في دول ليس بها ارتباط بتلك العناوين، خصوصاً أن الإقامة أو مكان العمل يقصد بهما مكان العمل الحقيقي[(٢)]، كما أن اللغة والعملة تفضي إلى نتائج مضللة خصوصاً وأن أغلب المواقع تستخدم اللغة الانجليزية وعملتها الدولار وهذه لا تمثل سوى إشارات ضعيفة يصعب التحقق منها.

من ناحية ثانية: إن واقع عناوين المواقع أو البريد الالكتروني لا يقوم على الموقع الجغرافي ولا يكترث لذلك كما هو الشأن في المواقع التي تنتهي بالمقاطع (.com) أو (.net) أو (.org). ومن ثم، فكيف نحدد مكان العمل هنا[(٣)].

ثم من ناحية أخيرة، إن القول بوجود الشركات التي تقوم بالرقابة على استغلال المواقع الالكترونية، ليست فعالة بالمعنى الحقيقي، فهي ترتبط بحدود جغرافية لا يمتد عملها إلى خارجها، ثم إن الوقع المادي الذي يصاحب العمليات الالكترونية يزول في فترة قصيرة جداً إلا ما يحترز له ومن ثم يصعب التعويل عليه في تحديد مكان الأعمال[(٤)].

ونتيجة لذلك، فقد عرضت لجنة الأمم المتحدة (الأنسيترال)، من خلال القانون النموذجي للتجارة الالكترونية ١٩٩٦م، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م، معايير لذلك، محاولة منها لتحديد أماكن الأطراف في التجارة الالكترونية، فنجد أن اللجنة قد تبنت بعض القواعد التي من شأنها تحديد أماكن الأطراف عبر شبكة الانترنت، حيث أوصت المواقع الالكترونية أن تبين موقعها الجغرافي

---

(١) قارن في التعليق على ذلك:
Sharon K. Black: **Telecommunications Law in the Internet Age**, op. cit. p.397.

(٢) انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.54.

(٣) للمزيد انظر:
Dan L. Burk; **Jurisdiction in a World Without Borders,** Virginia Journal of Law and Technology Association 1997, 1 VA. J.L. & TECH. 3, p.4.

(٤) للمزيد انظر:
Froment, Camille; **La loi applicable aux contrats du commerce électronique**; op. cit,p.13.

عندما تطرح عروضاً على الشبكة، بالاضافة إلى تبنيها معياراً واسعاً للكشف عن موطن ومقر عمل الأطراف وذلك من خلال المادة السادسة في الفقرة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية حيث ورد نصها على النحو التالي" إذا لم يعين الطراف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل، لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع إيلاء اعتبارات للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو توقعوها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه"[(١)(٢)] .

وعلى ذلك فإن القانون النموذجي للتجارة الالكترونية ١٩٩٦م- والذي ضمنته معظم الدول تشريعاتها الوطنية- واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م، قد تبنت معيار "الأوثق صلة بالعقد" لتحديد مقار الأطراف عند غياب تحديدهم لذلك، ويستخلص القاضي "المقر الأوثق صلة بالعقد" من خلال المراسلات التي تمت بين الأطراف على مقر عملهم المادي خارج الوسط الالكتروني أو من خلال أرقام تليفونات أحد الأطراف التي تحمل مفتاحاً لدولة محددة[(٣)] .

---

(١) راجع نصوص الاتفاقية على موقع الأونسيترال باللغة العربية، من خلال الرابط التالي:

http://www.uncitral.org

(٢) سار في نفس النهج التوجيه الأوربي ٢٠٠٠/٣١، الصادر في ٨ يناير ٢٠٠٠م، والخاص بتنظيم جوانب التجارة الالكترونية في المادة الخامسة، متاح من خلال الرابط التالي:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0001:EN:PDF

(٣) د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٦٤.

المطلب الثاني
اختصاص المحكمة التي اتُّفِقَ على اللجوء إليها

إذا كان هدف المشرع هو التيسير على المدعي وتمتعه بالحماية القضائية من أجل الوصول إلى حقه ودفع العدوان الذي لحقه، فقد أقر المشرع بحق الخصوم في الاتفاق على عقد الاختصاص لمحكمة أخرى خلافاً للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أو محل إقامة المدعى عليه[(١)]، فنجد أن نص المادة ٨١ من قانون المرافعات اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م تقضي بأن " تختص المحاكم اليمنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل المدعى عليه ولايتها صراحةً أو ضمناً"[(٢)].

أولاً: مضمون ضابط اتفاق الخصوم على اختصاص المحكمة:

يعد هذا الضابط امتداداً للعمل بمبدأ سلطان الإرادة الذي يسود الاختصاص التشريعي[(٣)]، حيث يتمتع الأطراف بحرية الاتفاق على عقد الاختصاص لمحكمة معينة للفصل في النزاع ذي الطابع الدولي الذي قد ينشأ بينهم[(٤)].

فإذا كان المشرع قد راعى جانب المدعى عليه الأجنبي واشترط لاختصاص القضاء الوطني في الدعاوى المرفوعة عليه أن يكون له موطن أو محل إقامة على إقليم الدولة، إلا أنه وفي المقابل نجده يعقد الاختصاص لمحاكم الدولة حتى ولو لم تكن مختصة بنظر النزاع أصلاً نزولاً على إرادة الأطراف، مراعياً في ذلك جانب المدعي، وهو ما يطلق عليه الاختصاص الإيجابي[(٥)].

---

(١) في عرض دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، انظر: د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩م، ص١١.

(٢) ويقابل هذا النص المادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري، وهو نفس الأمر في القانون الدولي الخاص التونسي١٩٩٩م في المادة ٤، والقانون الدولي الخاص التركي١٩٨٢م المادة ٣١، وهو نفس النهج الذي تبناه التشريع الغربي كما هو الشأن في قانون المرافعات الفرنسي المادة ٤٨، وكذلك القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م المادة ٥، وقد سارت على نفس النهج اتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية ١٩٦٨م، واتفاقية لوجانو ١٩٨٨م بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية، وكذا اتفاقية لاهاي ٢٠٠٥م بشأن اتفاقات اختيار القاضي المادة ٥، وكذلك التوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤ بشأن الاختصاص القضائي المادة ١٦.

(٣) وهي قاعدة مسلم بها في التشريع الوطني والمقارن، وسوف يأتي بيان ذلك في الباب الثاني.

(٤) انظر:
Juan Pablo Varga:**Jurisdiction And Applicable Law**, 2004, Available Online: http://www.emarketservices.com/clubs/ems/prod/Jurisdiction.pdf.

(٥) د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٤٥.

ولعل ما يبرر اختصاص محاكم الدولة وفقا لهذا الضابط هو توسيع حماية المصالح الخاصة للأفراد، " فالمنتجون والموردون لا يرغبون في مقاضاتهم أمام المحاكم الأجنبية، وفي المقابل المشترون يفضلون اللجوء إلى المحاكم الأقرب لهم من أجل المطالبة بحقوقهم في مواجهة الموردين، فإذا لم يكن هناك اتفاق بشأن الاختصاص القضائي خصوصاً في المعاملات التي تتم عبر الانترنت، فإن المورد سوف يتعرض لنطاق الاختصاص القضائي في كل بلد يصل إليه نشاطه من خلال شبكة الانترنت"[(١)] .

وعلى ذلك فإن اتفاق الأطراف على شرط الاختصاص القضائي يعد من قبيل التيسير في معاملات التجارة الدولية الذي يمثل هدفاً أصيلا للقانون الدولي الخاص، ولا يعد ذلك خروجاً على الطابع الذي تتصف به قواعد القانون الدولي الخاص وتعلقها بالنظام العام[(٢)] إذ نجد نفس الحكم مقرراً في مجال الاختصاص التشريعي حيث أجاز المشرع لإرادة الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم[(٣)] .

كما أن هذا الضابط يعكس صفات النزاهة والكفاءة للقضاء الذي اتفق على عقد الاختصاص له، بالإضافة إلى الثقة والطمأنينة في عدالته وهذا ما يعكس تطور القضاء في الدولة ومعه تطور النظام القانوني في البلد[(٤)] كما أنه يبرر توسيعاً لسلطان الدولة وسيادتها القضائية[(٥)] .

ويقابل هذا الفرض فرض آخر وهو اتفاق الأطراف على إخراج النزاع من مجال الاختصاص الطبيعي للقضاء الوطني لدولة معينة، بمعنى الاتفاق على اللجوء إلى المحاكم الأجنبية. وهنا قد يثار التساؤل حول ما إذا كان يجوز للأطراف إخراج النزاع من اختصاص القضاء الطبيعي أم لا؟ اختلف الفقه في مدى جواز سلب الاختصاص القضائي عن القضاء المختص، وجلبه لقضاء دولة أخرى، نفصل ذلك على النحو التالي:

---

(١) راجع في ذلك:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.19, *"The conflicting interest between sellers and buyers generates the problem: sellers do not want to be sued abroad and buyers prefer to seek solutions near home. If there is no agreement on jurisdiction, then the lack of this uniformity means that e-business companies face the possibility of being subject to any foreign legal jurisdictions in which their web sites can be accessed".*

(٢) للمزيد في مدى تعلق قواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام، د. هشام خالد: قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٠م، ص١٥٦.

(٣) د. هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص١٦.

(٤) د. جمال محمود الكردي: التجارة الالكترونية والاختصاص القضائي بمنازعاتها، مرجع سابق، ص٨٩.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٤٤.

الاتجاه الأول: إنكار دور إرادة الأطراف في سلب الاختصاص:

يذهب رأي في الفقه ومعه بعض أحكام القضاء[١]، إلى إنكار دور الإرادة في سلب الاختصاص عن القضاء الوطني[٢]، وحجته في ذلك أن العدالة هي وظيفة من وظائف الدولة تحققها بين أفرادها بواسطة إحدى سلطاتها وهي محاكمها، إلا أن ترك الدولة للأفراد وسيلة تحريك هذه السلطة لمباشرة تلك الوظيفة من خلال وسيلة تحريك الدعوى، لا يعني أن القضاء يعمل أولاً وأخيراً لصالح الأفراد فقط، بل إنه في الحقيقة يعمل من أجل تحقيق مصلحة عامة وهي إقرار النظام العام والسكينة في إقليم الدولة، وهو ما يعني ارتباطه بسيادتها[٣]، فالدولة هي التي ترسم حدود اختصاص محاكمها واضعة في تقديرها تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في تحقيق العدالة، وهي في تقدير ذلك لا ترى سلطة أجنبية أخرى تصلح لأدائها سواها[٤].

نقد هذا الاتجاه:

غير أن هذا القول قد جانبه الصواب، إذ كيف يسلم بدور الإرادة في شكلها المانح حيث تتجه إرادة الأطراف إلى منح الاختصاص للقضاء الوطني في حين يرفضه في شكله السالب وهو أمر في غاية الغرابة، إذ كان يبدو منطقياً أن يرفض دور الإرادة في كلتا الحالتين[٥].

ثم إذا كان تبرير الرافضين بأن قواعد الاختصاص القضائي تتعلق بالنظام العام فكيف تكون متعلقة بالنظام العام عند سلب الاختصاص وغير متعلقة به عند منح

---

(١) انظر أحدث أحكام محكمة تمييز دبي الصادر بتاريخ ١٧ يناير ٢٠٠٥م في الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٠٤ تجاري، حيث تقول المحكمة " ... ولما كان انعقاد الاختصاص لمحاكم دبي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة وفقاً للمادة ٢١ – من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات- هو من النظام العام ولا يجوز مخالفته بنزع هذا الاختصاص منها إلى محاكم دولة أخرى..." متوافر على الرابط التالي:
http://www.dubaicourts.gov.ae/pls/portal/eservice.rpt_adv_rules.show?p_arg_names

(٢) في بيان حجج هذا الاتجاه ونقده انظر: محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص١٣.

(٣) وهذا ما كان يراه الأستاذ الدكتور هشام علي صادق في مؤلفه تنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبعة منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٩٥م، ص٥٩، غير أنه عدل عن هذا الرأي في أحدث مؤلفاته، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ١٥٨.

(٤) حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٣م س ٣٣ ص٤٧٠.

(٥) د. محمد عبد الله المؤيد: الإطار العام للقانون الدولي الخاص والنظرية العامة والضوابط المقررة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مطابع جامعة صنعاء، ٢٠١٠م ص١٤١.

الاختصاص[١]، فذلك أمر غير مقبول في مجال الاختصاص القضائي الدولي إذ هو نظام يتسم بالمرونة مما يجعل إعمال ذلك أمراً محفوفاً بالمخاطر إذ إن الاختصاص القضائي الدولي يقوم على فكرة الملاءمة[٢]، ويضيف البعض " أن السماح بالخروج من مظلة القضاء الوطني والخضوع لقضاء أجنبي يرتضيه الأطراف ليس أكثر وطأة من السماح بتنحية القانون الوطني وتطبيق القانون الأجنبي"[٣]، وفي حقيقة الأمر لو كان المشرع يريد أن يقصر الأمر على الاختصاص المانح ومنع الدور السالب لإرادة الأفراد لنص على ذلك دون تردد، ولو رجعنا إلى نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات نراها قد جاءت بنص عام، ومن ثم فهي تلعب دوراً مزدوجاً، بمعنى أنها تجيز للأفراد إخضاع منازعاتهم للقضاء المصري من جهة، وهي في نفس الوقت لا تمنعهم من الخضوع الإرادي لقضاء دولة أجنبية من جهة أخرى[٤]، ومن ثم فإن الاتفاق على سلب الاختصاص من القضاء المصري ومنحه لقضاء دولة أخرى يرتب أثره في مواجهة القضاء المصري في جميع الفروض التي تكون فيها العلاقات القانونية، التي نشأ بصددها النزاع، غير مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانوني المصري[٥].

كما أن المشرع قد استجاب لمقتضيات العلاقات الخاصة الدولية، وأقر اتفاقات الأطراف باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ في علاقاتهم الخاصة الدولية مما يعني ذلك أنه لا يرى ضيراً في سلب الاختصاص عن القضاء[٦].

من جانب آخر نجد أن معظم الدول ومنها الدول العربية قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وهذه الاتفاقية تنص في مادتها ٣/٢ على أن" على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق بين الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء

---

(١) د. أبو العلا النمر: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص٤٤٥.

(٣) د. عصام الدين القصبي: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٣٢.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص٣٠٥.

(٥) د. عنايت عبد الحميد ثابت: مبتدأ القول في أحكام فض تداخل مجالات انطباق القوانين في القانون المصري، مرجع سابق، ص٢١١.

(٦) انظر في ذلك قوانين الاستثمار منذ القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤م حتى صدور قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، ومن المعلوم أنه بتوقيع الدول على المعاهدة تصبح جزءاً من تشريعاتها الداخلية. ومن ثم فكيف لها أن تخالفها[1].

الاتجاه الثاني: جواز سلب اختصاص القضاء المختص:

هنا نرى غالبية الفقه[2] وكذلك التشريعات المقارنة[3] والاتفاقيات الدولية[4]، تعمل بفكرة إعطاء الخصوم دوراً في إخراج النزاع من اختصاص القضاء الوطني، ومن أبرز التطبيقات القضائية المساير لهذا الاتجاه هو ما جاء في حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١م حيث قبلت المحكمة سلب أطراف النزاع اختصاص القضاء الأردني ومنحه لقضاء أجنبي في منازعة حول بوليصة التأمين[5].

كما قررت هذا المبدأ محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٨٥م حيث تقرر أن " الشروط المتعلقة بمنح الاختصاص الدولي هي شروط مشروعة كمبدأ عام، وذلك متى تعلقت بنزاع ذي صبغة دولية، وطالما أن الشرط لا يتصادم مع الاختصاص الإقليمي الآمر لمحكمة فرنسية.."[6].

وقد كان المشرع التونسي أكثر جرأة فقد نص في المادة ٢/٥ من القانون الدولي الخاص الصادر في ١٩٩٨م على أن " تختص المحاكم التونسية بالفصل في الدعوى ... ٢- إذا كانت متعلقة بعقد نفذ أو كان واجب التنفيذ في تونس، وذلك مالم يوجد شرط يمنح الاختصاص لمحكمة أجنبية".

---

(١) انظر نصوص هذه الاتفاقية على موقع الأونسيترال، من خلال الرابط التالي:
http://www.uncitral.org

(٢) انظر: د. عصام الدين القصبي: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٣٢، د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٥٢.

(٣) في التشريعات الحديثة التي تبنت الدور الثنائي للإرادة في مجال الاختصاص القضائي، انظر: د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٥٢.

(٤) ومن أبرز وأهم الاتفاقيات في هذا المجال هي اتفاقية لاهاي لعام٢٠٠٥م بشأن اتفاقات اختيار القاضي، للمزيد انظر نصوص الاتفاقية على الرابط التالي: http://www.hcch.net
ومن أهم الاتفاقيات العربية التي أعلنت عن هذا الرأي اتفاقية عمان العربية ١٩٨٧م بشأن التحكيم التجاري حيث تقضي المادة ٢٧منها على أن" الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم".

(٥) مشار إليه في: د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان١٩٨٧م، ص٢٥٣.

(٦) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٨٥/١٢/١٧م، مشار إليه لدى: د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٥٤.

غير أن هذا الاختيار ليس على إطلاقه فهناك قيود تفرض عليه لتحدد مجاله، فنجد أن جانباً من التشريعات تعمل على حظر هذا الاتفاق السالب للاختصاص في كل المنازعات التي تدخل في مجال الاختصاص المانع أو الاختصاص الحتمي الآمر[1]، وغير خاف أن مما يدخل في مجال الاختصاص المانع للمحاكم والذي يحظر بشأنه الاتفاق على سلب الاختصاص، المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية[2] والأموال العقارية، والمنازعات المتعلقة بالتدابير المستعجلة وقتية كانت أم تنفيذاً جبرياً[3]، بمعنى يجب ألا تكون هذه المنازعات مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بإقليم الدولة المختصة أصلاً بالنزاع.

ويلحق بالاختصاص المانع أو القاصر الدعاوى المتعلقة بمنازعات عقود الفرانشيز أو عقود نقل التكنولوجيا، حيث أن المشرع قد وضع قيداً على ذلك وفق صريح المادة ١/٨٧ من القانون التجاري المصري والتي نصت على أن" تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة ٧٢ من هذا القانون ... وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً"[4].

غير أنه في حال أعلنت المحكمة الأجنبية عدم اختصاصها أو أنها لا تستطيع الفصل في القضية لأي سبب كان، ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، بمعنى أنه يبقى للمحاكم الوطنية اختصاصا احتياطياً، حتى لا نكون أما صورة من صور إنكار العدالة[5].

---

(١) يقصد بالاختصاص المانع أو القاصر: أن بعض قواعد الاختصاص لا تكفي بتقرير اختصاص المحاكم الوطنية فحسب، بل يكون لها أثر متعد بحيث يحجب أو يمنع اختصاص محاكم الدول الأخرى.
أما الاختصاص الحتمي أو الآمر : فيعني عدم قدرة إرادة الأفراد على مخالفة قواعد الاختصاص المباشر التي يتقرر لها الصفة الآمرة بحيث يبطل كل اتفاق على ما يخالفها. للمزيد في التفرقة بين الفكرتين انظر: د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص١٣٥، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص٤٦٦، د. عصام الدين القصبي: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص٣٣.

(٢) ولا شك أن مسلك الخصوم في مسائل الأحوال الشخصية يكون أكثر وضوحاً حيث إن الخصوم قد يلجأون إلى محكمة دولة أخرى يعلمون مقدما أن قواعد الإسناد فيها تحقق هدفهم المنشود وهو مسلك يتضمن غشاً نحو القانون، للمزيد انظر: د. هشام على صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ، مرجع سابق، ص١٣٦.

(٣) د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص١٤٨.

(٤) للمزيد في التعليق على هذا النص انظر: أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٤٢ وما بعدها.

(٥) وهو ما نص عليه القانون الدولي الخاص التركي في المادة ٣١ ، وكذلك القانون الدولي الخاص الايطالي الجديد في المادة ٣/٤ للمزيد انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٤٦.

وهو ماتنبهت لـه الاتفاقيـات الدوليـة بشـأن الاختصـاص القضـائي وتنفيـذ الأحكـام الأجنبية، كما هو الشأن في إتفاقية لاهاي ٢٠٠٥م بشأن إتفاقات إختيـار القاضـي وتنفيـذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية، ولائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ بشأن الاختصاص القضائي، حيث نلاحظ أن هـذه الاتفاقيـات ترتـب نتـائج هامـة علـى إتفـاق الاطـراف علـى إختيـار المحكمة، الأولى: أن على المحكمة المختارة بموجب إتفـاق الأطـراف نظـر النـزاع ولـيس لهـا الـتحجج بانـه يـدخل في اختصـا محـاكم دول أخـرى. والثانيـة: أن علـى محـاكم الـدول الأخرى الامتناع عن نظر هذا النزاع لعرضه أمام المحكمة المتفق على اللجوء إليها. الثالثة: على الدول الأطراف الاعتراف وتنفيذ الأحكام الصادره عن هذه المحاكم[١] .

وعلى كلٍ، فإنه يستوي أن يكون إتفاق الطرفين على عقد الاختصاص لمحكمـة مـا سابقاً على قيام النزاع أم لاحقاً له، كما يستوي أن يكون هـذا الشـرط وارداً في العقـد أم في اتفاقٍ لاحق له[٢]، كما أن الخضوع الاختياري يمكن أن يكون صريحاً وفق الصورة السابقة وقد يكون ضمنياً يستخلص مـن أي موقـف يـدل - بصـفة قاطعـة- علـى قبـول الخضـوع لولاية قضاء دولة معينة، بمعنى انه يستفاد من السلوك العملي لطـرفي الخصـومة، كـان ترفع الدعوى أمام قضاء غير مختص فيسـكت الخصـم عـن ذلـك ولم يبـدِ أي دفـع بعـدم الاختصاص بل يباشر دفاعه في الخصومة[٣] .

وعلى ذلك، فليس هناك ما يمنع من قيام أطراف النزاع بالاتفاق فيمـا بيـنهم علـى تقرير الاختصاص لمحكمة ما والخـروج بـه عـن قواعـد الاختصـاص القضـائي الـتي تمثـل موطن أو محل إقامة المـدعى عليـه، إلا أن هـذا الاتفـاق حتـى يصـبح ضـابطاً مـن ضـوابط الاختصاص القضائي يلزمه عدة شروط تُقَوّمَهُ وتُفَعّلَه.

---

(١) قارن في ذلك عند:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.23, *" In general, there are four basic rules under the Choice of Court Convention. First, the chosen court must hear the case when proceedings are brought before it, that is, a court designated in an exclusive choice of court agreement “shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another state”. Second, any court not designated in the exclusive forum selection agreement must refuse jurisdiction. Third, state parties must recognise and enforce judgments resulting from an exclusive choice of court agreement. Fourth, an optional provision allows states to declare that they will recognise and enforce judgments rendered by courts of other Contracting States designated in non-exclusive choice of court agreements".*

(٢) غير أن هذا الشرط لا يمكن التسليم به على إطلاقه في عقود المستهلكين الالكترونية والتي تعطي الاختصاص لمحكمة موطن المدعي(المستهلك) كأصلٍ عام أو للمحكمة المتفق اللجوء إليها كاستثناء، بشرط أن يكون الاتفاق لاحقاً للنزاع وإلا فإنه يعتبر والعدم سواء، وفق المادة ١٧ من لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤، كما سيأتي.

(٣) للمزيد في صور هذا القبول انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٥٧.

ثانياً: شروط صحة إختصاص المحكمة بناءً على اتفاق الأطراف

حتى نكون بصدد اتفاق فعّال يقضي باختصاص محكمة معينه سواء في شقه السالب أو المانح فإنه يلزم توافر شروط من شأنها أن تُقَوّم هذا الاتفاق وتُفَعِّلَه:

١. ضرورة أن يكون النزاع ذا طابع دولي(١):

هذا أمر بَدَهي إذ لا يمكن بحث مسألة الاختصاص القضائي الدولي- كما هو الحال في منازعات القانون الدولي الخاص- إلا بصدد علاقة أو رابطة دولية(٢)، وإن كان نص المادة٣٢ مرافعات لم يذكر ذلك صراحة إلا أنها جاءت في صدد بيان قواعد الاختصاص القضائي الدولي والتي لا تعالج سوى حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، والتي تسلم منطقياً بالصفة الدولية للنزاع.

٢. توافر الرابطة الجدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختارة:

يتجه رأي في الفقه إلى القول بضرورة توافر الرابطة الجدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختارة التي عهد بالاختصاص إليها(٣)، إذ إن إطلاق العنان لإرادة الأطراف لا يكفل فيما بعد فعالية الحكم الصادر ونفاذه. ومن ثم، يلزم أن تكون هناك علاقة جدية(٤)، وهذه العلاقة قد تستمد من عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم أو قد تنشأ هذه الرابطة من عناصر موضوعية متصلة بالعلاقة القانونية محل البحث كمحل

---

(١) ذهب رأي في الفقه (مرجوح) إلى أنه لا يلزم أن نكون بصدد منازعة دولية ويستوي في ذلك النزاع الدولي والداخلي، وهو موقف يعارض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي ٢٠٠٥م بشأن اتفاقات اختيار القاضي في المادة الأولى، للمزيد انظر: د. عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٥٢.

(٢) انظر سابقاً في معايير دولية العقد ص٤٣.

(٣) هذا ما انتهت إليه محكمة العدل الأوربية في حكمها الصادر في ٢٠/٢/ ١٩٩٧م، انظر:
Case C-106/95 [1997] ECR I-944, "*that an agreed place of performance determines jurisdiction under Article 5(1) as long as the agreement is valid according to the applicable law – does not apply if the agreed place of performance has "no actual connection with the real subject matter of the contract"*.

(٤) في الفقه العربي انظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص٤٤٦، د. هشام علي صادق: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ١٦٦. قارن في الفقه الأجنبي عند:
Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.22, "*exclusive choice of court agreements has contains five requirements:... finally, the designated courts must be connected to a particular legal relationship"*.

التنفيذ[(١)(٢)]، بل إن وجود الرابطة الجدية هو شرط لازم لاعتبار الحكم الأجنبي صادراً من محكمة مختصة حتى يمكن الأمر بتنفيذه في مصر[(٣)].

بيد أن جمود هذا الرأي أفرز رأياً آخر ينادي بعدم اشتراط الرابطة الجدية بين النزاع والدولة المتفق على اللجوء إلى محاكمها[(٤)] للقول بصحة الخضوع الإرادي للاختصاص تلك المحاكم، وإنما تكفي المصلحة المشروعة التي يحققها الأطراف من هذا الاختيار[(٥)].

ويبرر هذا القول عند أصحابه، بصعوبة وضع معيار محدد وواضح يتم بناءً عليه تحديد مضمون فكرة الرابطة الجدية، كما أن القول بضرورة توافر الرابطة الجدية كشرط لصحة ذلك الخضوع سوف لا يترك للأطراف مجالا إلا اللجوء إلى التحكيم وقد لا يقدرون عليه فيقعدهم عن المطالبة بحقوقهم، ثم إن اشتراط الرابطة الجدية لا يمكن أن يثار ونحن بصدد عرض المنازعة على هيئة التحكيم التجاري الدولي بالرغم من أنه يخرج المنازعة من إطار القضاء العادي إلى قضاء التحكيم[(٦)].

ويرى الباحث أنه إذا كان أصحاب الرأي الأول يشترطون الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختارة لصحة اتفاق اختيار المحكمة والذي يؤسس هذه الرابطة على أسس شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم أو من عناصر موضوعية كمحل التنفيذ، فإن هذا يعني أن هذا الرأي قد فاته أن مبدأ الإرادة في الاختصاص القضائي هو ضابطٌ مستقلٌ للاختصاص القضائي الدولي لا يحتاج إلى غيره من الضوابط الأخرى وهو ما تقرره العديد من التشريعات الوطنية والدولية، وأن توافر هذه العناصر التي تقوم عليها الرابطة الجدية هي بذاتها تكفي لعقد الاختصاص لقضاء هذه الدولة دون البحث عن دور الإرادة، وبالتالي فإن وجود هذه الرابطة أو انعدامها لا يمثل أثراً على الاختصاص القضائي الدولي وفق ضابط الإرادة.

---

(١) قارن في ذلك:

Poyton (D.A.) : **Electronic Contracts**: op. cit., p.58.

(٢) فإذا لم تتوافر تلك الرابطة وفق هذا الاتجاه، كان للمحكمة المعروض أمامها المنازعة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها كما هو الشأن في المنازعات العقارية، وهذا الموقف تؤيده الكثير من التشريعات المقارنة كالقانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م في المادة ٣/٥، متوافر على الرابط التالي:

http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf.

(٣) د. محمد عبد الله المؤيد: الإطار العام للقانون الدولي الخاص والنظرية العامة والضوابط المقررة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص١٤٢، ١٨٠.

(٤) حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩ ديسمبر ١٩٧٨م حيث قضت بصحة الشرط المانح للاختصاص المتفق عليه بين شركة فرنسية وأخرى ألمانية للمحاكم السويسرية استنادا إلى أن الأطراف قد رغبوا في اللجوء إلى قضاء بلد ثالث تسهيلا لحل مشكلاتهم المشتركة، مشار إليه في د. احمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٤٨.

(٥) د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص١٥٤.

(٦) د. أبو العلا النمر: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، مرجع سابق، ص٥٥.

ولو نظرنا إلى أصحاب المصلحة المشروعة التي يشترط أصحابها توافرها لصحة اختيار المحكمة فإن من يقرر هذه المصلحة هم الأطراف أنفسهم إذ ليس لأحد أن يقرر هذه المصلحة، بل إن اشتراط المصلحة المشروعة قد يفضي إلى نفس النتائج التي أوصل إليها الرأي الأول خصوصاً أن هذا لم يتطلبه المشرع في التشريع الوطني أو الدولي وهذا ما أيده حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها ١٩٨٥م السابق الإشارة إليه حيث انتهت المحكمة إلى أن "... الشروط المتعلقة بمنح الاختصاص الدولي هي شروط مشروعة كمبدأ عام..." (١).

وعليه فإنه يكفي توافر الشروط السابقة دون الرابطة الجدية أو المصلحة المشروعة لصحة اختيار الأطراف للمحكمة، فقد يكون من مصلحة الأطراف الالتجاء إلى قضاء دولة محايدة لنظر منازعاتهم حتى ولو لم تربطهم بها أي صلة، ويكون هذا الوضع أكثر وضوحاً في عقود التجارة الالكترونية والتي لا تقوم على الاتصال المادي بين أطرافها، كما أن تلك العقود تتم عبر الشبكة الدولية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية مما يعني صعوبة تركيزها أو توطينها في دولة معينه (٢).

ثم إنه ما الضير في معاملة الاختصاص القضائي الدولي بالتحكيم التجاري الدولي، الذي لا يشترط بشأن وجوده صلة جدية بين النزاع والقانون المختار أو أن تكون هناك علاقة بين التحكيم والدولة التي سيعقد التحكيم على أراضيها (٣)، وتؤكد وجهة النظر هذه المادتان ١٦و١٧ من اتفاقية بروكسل لعام ١٩٨٦م والتي لم تشترط وجود صلة ما بين العقد والدولة المختارة لنظر النزاع (٤).

٣. <u>يجب ألا يكون الاتفاق منطويا على غش أو تحايل:</u>

يعد هذا شرطاً منطقياً فقد يلجأ الأطراف إلى التهرب من بعض القواعد القانونية التي يخضع لها النزاع طبيعياً عبر اللجوء إلى محكمة أخرى لا تفرض مثل تلك الأحكام وإنما قد تمنح امتيازات أكثر، وهنا يجب فحص الاتفاق والتحقق من عدم التحايل والغش نحو الاختصاص (٥)، فإذا ما تأكد للقاضي أن هذا الاختيار قد لابسه غش أو تحايل فإنه يحكم بعدم اختصاص المحكمة لوجود هذه العلة وبطلان شرط اختيار المحكمة وعودة النزاع إلى القاضي الطبيعي لنظره.

---

(١) انظر في التعليق على هذه الفكرة والرد عليها عند: د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص١٥٤.

(٢) د. اشرف وفا محمد: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٤٦.

(٣) د. أبو العلا النمر: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، مرجع سابق، ص٥٥.

(٤) للمزيد انظر نصوص الاتفاقية على الرابط التالي:
http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/_brux-textes.htm.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص١٥٠.

ثالثاً: مدى صلاحية ضابط اتفاق الأطراف في عقود المستهلكين الالكترونية:

بناء على ما تقدم فإنه يمكن القول بإمكانية الاتفاق على الاختصاص أو الخضوع الاختياري بشأن عقود التجارة الالكترونية بصفة عامة، بحيث ترفع الدعوى على المدعى عليه أمام المحكمة المتفق على عقد الاختصاص لها ولو لم يتوافر في حقه أي من الضوابط الأخرى كالموطن أو محل الإقامة إذا ما قبل الأطراف الخضوع لولاية قضاء هذه الدولة، بشرط أن لا يكون هذا الاتفاق قد شابه أي سبب من أسباب البطلان الموضوعية، كالاحتيال أو الخطأ أو الإكراه أو التحريف[(١)].

وإذ سبق، أن أوضحنا أن هناك حالات تستثنى من ضابط الخضوع الاختياري كما هو الحال في المنازعات المتعلقة بعقار في الخارج أو المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، ويلحق بذلك المنازعات التي ينص المشرع عليها ويقصر النظر فيها للقضاء الوطني دون سواه كحماية الطرف الضعيف، ومن ثم فلا يمكن الخروج على هذه النصوص وعقد الاختصاص لمحاكم دولة أخرى[(٢)].

وبالتطبيق على عقود المستهلكين نجد أنها تخرج عن قاعدة الخضوع الاختياري للاختصاص القضائي الدولي كأصل عام، لكون المستهلك طرفاً ضعيفاً تجب له الحماية[(٣)] وهو ما تنص عليه التشريعات صراحةً وكذلك الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية ١٩٦٨م واتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٥م في المادة ٤، حيث نصتا على معيارٍ خاص للاختصاص القضائي الدولي بعقود المستهلكين، وهو ما انعكس أيضاً على تشريعات الدول الأوربية، كما هو الشأن في لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ في المادة ١٧[(٤)].

غير أن الاتفاق اللاحق للنزاع يمكن العمل به كاستثناء من الأصل العام في تحديد اختصاص المحكمة، حيث إن الاتفاق بعد قيام النزاع يكون صحيحاً لانتفاء العلة التي حظر من أجلها ذلك الشرط قبل قيام هذا النزاع والمتمثلة في حماية الطرف الضعيف، فقد أصبح

---

(١) للمزيد انظر:
Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.24.

(٢) انظر:
Peter Arnt Nielsen: **Jurisdiction Over Consumer Contracts**, paper published in a european commentaries on private International law Brussels ,1, regulation, Sellier european law publishers, 2007, p.319.

(٣) انظر ما سبق بيانه بشأن الاختصاص المانع، ص٢٢٤ هامش ١.

(٤) لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ الخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام القضائية بين دول الاتحاد الأوربي، وتعتبر اللائحة معدلة لاتفاقية بروكسل ١٩٦٨م، وسوف نُعرّف في ثنايا هذا البحث بلائحة بروكسل.

المستهلك قادراً على تقدير مصالحه والاختيار الحر المتأني لما يلبي تلك المصالح(١)، وبشرط ألا يكون قانون الدولة التي عقد الاختصاص لها تحظر مثل تلك الاتفاقات(٢).

وقد اعترفت المادة ١٧ من لائحة بروكسل المتعلقة بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام بصحة الاتفاق الالكتروني على عقد الاختصاص لمحكمة معينة في عقود المستهلكين متى كان هذا الاتفاق لاحقاً على نشوء النزاع ولا يتعارض مع قوانين تلك الدولة(٣).

هذا ويرى الباحث أنه من الضروري التعامل مع شرط الاختصاص القضائي الوارد في العقد- أي قبل نشوء النزاع- على أنه من الشروط التعسفية باعتبار أن المستهلك الالكتروني لا يملك مناقشة مثل هذه الشروط أو على الأقل قد يتغاضى عنها في سبيل إتمام الصفقة دون إدراك منه لعواقب مثل تلك التصرفات، وهو ما أكدته محكمة العدل الأوربية في حكمها الصادر في ٢٧ يونيو ٢٠٠٠م وهي بصدد نظر دعوى مرفوعة من عدة ناشرين على مستهلكين اشتروا موسوعات بالتقسيط، حيث أكدت المحكمة أن الشرط المانح للاختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه (المستهلك) يعد من قبيل الشروط التعسفية التي تبطل مطلقاً ويحق للقاضي التصدي لها من تلقاء نفسه(٤).

---

(١) انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.131.

(٢) راجع في ذلك:

Murill Isabell Cahen:**la formation des contrats de commerce electronique**, op. cit, p.10.

(٣) حيث ورد نصها على النحو التالي:

Article 17*:"The provisions of this Section may be departed from only by an agreement:*

1. *which is entered into after the dispute has arisen; or*
2. *which allows the consumer to bring proceedings in courts other than those indicated in this Section; or*
3. *which is entered into by the consumer and the other party to the contract, both of whom are at the time of conclusion of the contract domiciled or habitually resident in the same Member State, and which confers jurisdiction on the courts of that Member State, provided that such an agreement is not contrary to the law of that Member State".*

(٤) الحكم رقم ٩٨/٢٤٠ بتاريخ ٢٧ يونيو ٢٠٠٠م متاح على موقع المحكمة على الرابط التالي:

http://curia.europa.eu/.

غير أن الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع بين الطرفين يكون صحيحاً إذ إن العلة التي من أجلها اعتُبرَ مثل هذا الشرط شرطاً تعسفياً قد انتفت والتي تتمثل في كون المستهلك طرفاً ضعيفاً عند إبرام العقد. فبعد قيام النزاع تتساوى إرادة الطرفين البائع والمشتري، ويمكن التعويل على هذا الاختيار كضابط احتياطي يعطي للمستهلك حماية أكثر مالم يحظر المشرع مثل ذلك.

وعلى ذلك، فإن من الضروري أن تتخذ التشريعات المعاصرة مواقف جدية وجريئة تخرج بها من التقليد والرتابة في مواجهة الاختلالات التي تصاحب عقود المستهلكين الالكترونية، سواء ما تعلق منها بقواعد الاختصاص التشريعي أو القضائي.

المطلب الثالث
ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه

إلى جانب الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي القائمة على موطن أو محل إقامة المدعى عليه والخضوع الإرادي لاختصاص محكمة ما واللذين يكفيان لتأسيس الاختصاص الدولي للمحاكم أياً كان نوع الدعوى ولا يلزم بجوارهما أي ضابط آخر، يوجد ضابط آخر احتياطي يُصار إليه حال انعدام كليهما، وهو ضابط خاص بالعقود الدولية[(١)]، ضابط محل إبرام أو تنفيذ العقد[(٢)].

أولا: مضمون ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه:

نصت المادة ٢/٨٠ من قانون المرافعات اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م على أنه " تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن وذلك في الحالات التالية: ...٢. إذا كانت الدعوى تتعلق بمال موجود في اليمن أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في اليمن..."

---

(١) استقرت أحكام القضاء الأوربي على أن المجال العقدي هو المجال الذي يمكن أن يخضع لضابط اختصاص محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه، أما الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية (الالتزامات غير العقدية) فلا يمكن اللجوء إلى مثل هذا المعيار، انظر حكم محكمة النقض الفرنسية في ٦يوليو ١٩٩٩م، مشار إليه لدى د. اشرف وفا: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٤٦.

(٢) ونلاحظ أن القضاء الاسترالي قد جرى على تقرير اختصاصه بالعقود الدولية إذا ثبت أن القانون الاسترالي هو القانون الذاتي للعقد أو الواجب التطبيق، للمزيد في التعليق على هذه الأحكام انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص٢٠٣ وما بعدها.

وتعترف بهذا الضابط النظم القانونية على اختلافها[1]. وعليه، فإن محاكم الجمهورية اليمنية تختص بنظر الدعوى ذات العنصر الأجنبي إذا تحققت حالة من الحالات التالية:

١. إذا نشأ الالتزام في الجمهورية اليمنية.

٢. إذا نفذ الالتزام في الجمهوية اليمنية أو كان واجباً تنفيذه فيها.

الحالة الأولى: محل إبرام العقد

تختص المحاكم المصرية بالنظر في المنازعة المتعلقة بالعقد بكونها محكمة محل إبرام العقد، ولا شك أن محل إبرام العقد يتحدد بالنسبة لنوع العقد من حيث الزمان والمكان، أي أنه عقد بين حاضرين أم بين غائبين، فالصورة الأولى لاتثير مسألة تحديد محل إبرام العقد إذ هو مكان مجلس العقد، أي لحظة اقتران القبول بالإيجاب، إلا أن الصورة الثانية تثير لبساً في تحديد محل إبرام العقد، فالتعاقد بين غائبين يثير مشكلة الفارق الزمني بين اقتران القبول بالإيجاب، وبالتالي تحديد محل إبرام العقد، وهو ما اختلف الفقه بشأنها بين أربع نظريات، وهي: نظرية إعلان القبول، ونظرية إرسال القبول، ونظرية تسلم القبول، ونظرية العلم بالقبول[2]، نوضحها بالتطبيق على عقود المستهلك الالكترونية، وذلك على النحو التالي:

نظرية إعلان القبول: تقوم هذه النظرية على أن العبرة في تحديد لحظة انعقاد العقد هي باللحظة التي يُعْلِن فيها من وُجِّه إليه الإيجاب قبوله بصرف النظر عن علم الموجب أو عدم علمه بهذا القبول، وبذلك فإنه في التعاقد الالكتروني يكون انعقاد العقد لحظة الضغط على إيقونة القبول accept أو باللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة الكترونية يعبر فيها عن قبوله[3].

غير أن هذه النظرية مُنتقَدَه إذ إن أي تعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا متى علم به من وجه إليه، وبذلك فإن مجرد إعلان القبول لا ينتج أثره إلا بعد العلم به، وقد أخذ بهذه

---

(١) وتسير قوانين الدول العربية على نفس النهج إن لم تتطابق أحيانا كما هو الشان بالنسبة لقانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في المادة ٢/٣٠، والقانون الدولي الخاص التونسي ١٩٩٨م في المادة ٢/٥، وهو نفس المبدأ في التشريعات المقارنة كما هو الشان بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي المادة ٢/٤٦، والقانون المدني البيروئي في المادة ٢٠٨٥، والقانون الدولي الخاص السويسري١٩٨٧م المادة ١١٣، والقانون الدولي الخاص البلجيكي في المادة ١/٩٦، وقانون المرافعات الإيطالي المادة ٢/٤، وهو ما تبنته اتفاقية بروكسل ١٩٦٨م في المادة ١/٥.

(٢) د. عبد الخالق حسن أحمد: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج٢ مصادر الالتزام، طبعة أكاديمية شرطة دبي ٢٠٠٦م، ص٥٦ وما بعدها.

(٣) د. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص٩١.

النظرية كلّ من قانون الموجبات اللبناني في المادة ١٨٤، والقانون المدني السوري في المادة ٩٨، والقانون المدني الأردني في المادة ١٠١.

نظرية تصدير القبول: حيث ينعقد العقد وفق هذه النظرية لحظة تصدير القابل لقبوله وإرساله إلى الموجب بأي وسيلة كانت، وهذه النظرية أخذت بها مبادئ اليونودروى وكذلك مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري في المادة الثانية منه حيث قرر" ... ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول". والواقع أن هذه النظرية يعاب عليها أنها أغفلت مسألة أن القابل يستطيع أن يسترد قبوله قبل أن يصل إلى الموجب، وأن واقعة التصدير نفسها هي واقعة مادية لا يمكن أن تنتج أثراً قانونياً حتى يتسلم الموجب هذا القبول ويعلم به[(١)]، خصوصاً أن المعاملات الالكترونية لا تثير مشكلة الفاصل الزمني بين تصدير القبول وتسلمه كما هو الوضع في العقود التقليدية التي تتم بين غائبين وإنما المشكلة تكمن في وجود عيب فني يبقي على رسالة القابل الموجهة إلى الموجب حبيسة النظام الالكتروني، ومن ثم فإن واقعة التصدير لا تتم بالمعنى الحقيقي[(٢)].

نظرية تسلم القبول: التي تقوم على فكرة مؤداها أن لحظة انعقاد العقد تتحدد باللحظة التي يصل فيها القبول إلى الموجب وتسلمه له حتى ولو لم يعلم الموجب بمضمون هذا القبول، فلو دخل إلى صندوق البريد الالكتروني للموجب رسالة من القابل يؤكد قبوله فيها ففي هذه اللحظة ينعقد العقد لمجرد وصول الرسالة حتى ولو لم يفتح الموجب بريده والاطلاع على مضمون تلك الرسالة، وبمضمون هذه النظرية أخذت المادة ١٨ من اتفاقية فينا ١٩٨٠م الخاصة بالبيع الدولي للبضائع. بيد أن ما يعاب على هذه النظرية أن واقعة تسلم القبول ليست إلا واقعة مادية لا تنتج أثراً قانونياً إذ إن واقعة التسلم لا تقطع بعلم الموجب لهذا القبول ومن ثم التقاء الإرادتين[(٣)].

نظرية العلم بالقبول: هنا تتأخر لحظة إبرام العقد حتى اللحظة التي يعلم بها الموجب بالقبول الموجه إليه ممن وجه إليه الإيجاب، وبالتالي فإن العقد الالكتروني لا ينعقد إلا بعد اطلاع الموجب على الرسالة المرسلة إليه من القابل، وهو ما أخذ به المشرع المدني اليمني في المواد ١٥٧ و ١٥٨ وهو ما نصت عليه المادة ٩٧، من القانون المدني المصري حيث جرى نصها على أن " ١. يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذي يعلم

---

(١) د. أيمن إبراهيم العشماوي: مجلس العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص١٢٢.

(٢) د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكتروني، مرجع سابق، ص٤١٣.

(٣) د. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأروبي، مرجع سابق، ص٩١.

فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاقٌ أو نصٌ قانوني يقضي بغير ذلك. ٢. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول"[١].

وبالرغم من أن التشريعات اختلفت في الأخذ بهذه النظرية أو تلك في تطبيق ذلك على التعاقد بين غائبين في الصورة التقليدية[٢]، إلا أن التعاقد عبر الشبكة الالكترونية الانترنت تعاقد له خصوصيته، حيث إن الوسيلة الالكترونية قد قوضت كل القواعد التقليدية وأصبح لزاماً النظر إلى هذه العقود الجديدة على أن لها قواعدها الخاصة، فشبكة الانترنت ليست مجرد وسيلة لابرام العقود وإنما مجتمع له قواعده وأحكامه[٣].

ولما كان تحديد لحظة إبرام العقد الالكتروني التي يتحدد معها محل إبرام العقد، أمراً صعباً للغاية فهناك الخادم الذي يستخدمه كلٌ من المرسل والمرسل إليه والذي قد يتغير بين فترة وأخرى وهو كذلك بالنسبة للمُلَقِّم مما يجعل عامل الربط امراً غير مستقراً تماماً، فإنه يجب أن نفرق بين تلك العقود التي تتم عبر الشبكة الالكترونية، فهناك عقود تتم عبر الفيديو كنفركس بحيث يتقابل الطرفان صوتاً وصورة لإتمام العقد فهم متحدون زماناً مختلفون مكاناً وهنا يرى بعض الفقه أن العقد ينعقد بمجرد اقتران القبول بالإيجاب ويعتبر مجلس العقد بين حاضرين حكماً[٤]، وهناك عقود يتم إبرامها عبر البريد الالكتروني ويمكن أن تطبق عليها نظرية تسلم القبول أياً كانت الإشكالات التي ترافقها[٥]، وأخرى عبر صفحات الانترنت website دون الرجوع إلى صاحب المشروع وإنما يتم التعامل مع معطيات عبر الجهاز بحيث يتم إبرام العقد وتنفيذه مباشرةً وهو ما يعبر عنه بالوكيل الالكتروني وهنا يعد التعاقد فورياً يتم بمجرد الضغط على أيقونة القبول.

---

(١) في التعليق على هذا النص انظر: د. عصام الدين القصبي: تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م، المجلد الرابع، ص١٦١٨.

(٢) للمزيد من التفصيل انظر: د. إيمان مامون أحمد سليمان: الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة ٢٠٠٦م، ص١٤٩، د. رضوان متولي وهدان: النضام القانوني للعقد الالكتروني، دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون اليونسترال النموذجي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٨٩.

(٣) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٣٩.

(٤) انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.82.

(٥) فالبريد الالكتروني يثير العديد من الإشكالات من أهمها أنه لا يرجع إليه إلا في أوقات محددة قد تأخذ عدة أيام خصوصاً مع الفوارق الزمنية بين البلدان المختلفة فقد تصل الرسالة إلى بريد المستهلك من المهني مثلاً وهو في وقت راحته والعكس مما يجعل عدم إطلاعه عليها أمراً وارداً.

وهو ما دفع البعض[1] إلى طلب خطاب تأكيد القبول حيث يتم استخدام وسائل فنية عادةً للوصول إلى هذه الصورة، فلو تعاقد المستهلك عبر البريد الالكتروني فإنه بمجرد فتح الطرف الآخر للرسالة يبعث جهازه برسالة تأكيد على أن الرسالة فتحت، أو أن يقوم ذات الطرف ببعث رسالة يؤكد قبوله التعاقد وهي كذلك في التعاقد عبر صفحة الويب حيث تشير الصفحة إلى أيقونة إعادة التأكيد لإنهاء عملية التعاقد.

استناداً إلى ما عرضنا له فإن تحديد لحظة إبرام العقد الالكتروني يقتضي تحديد الكيفية التي جرى فيها إبرام العقد، وبالتالي فإن مسألة تحديد لحظة إبرام العقد مسألة تكييف تخضع لأحكام قانون القاضي ويمكن للقاضي الاسترشاد بالبنود الواردة في العقد والتي بمقتضاها يتحدد محل إبرام العقد، أو بمكان المؤسسة أو الجهاز الذي تم من خلاله التعاقد وغيرها من القرائن التي تعين القاضي على تحديد زمان ومكان إبرام العقد[2].

الحالة الثانية: محل تنفيذ الالتزام

إن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية إذا كانت الدعوى تتعلق بالتزام عقدي محل تنفيذه مصر، غير أنه قد يثار تساؤل ما هو القانون الذي يرجع له في تحديد معنى تنفيذ الالتزام؟.

إختلف الفقه في ذلك، ما بين رأي يذهب إلى القول باختصاص محاكم الدولة التي أتفِق على تنفيذ الالتزام محل الأداء المميز في العقد فيها[3]، حيث ذهبت أحد المحاكم الاسكتلندية إلى رفض دعوى مرفوعة من بريطاني في مواجهة شركة اسكتلندية لها مقر في كل من إنجلترا واسكتلندا، وبررت المحكمة رفضها ذلك بأن الطرفين لم يتفقا على أن مكان الأداء هو مقر الشركة الكائن في اسكتلندا[4].

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.84.

(٢) د. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأروبي، مرجع سابق، ص٩١.

(٣) د. جمال محمود الكردي: مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات التجارة العصرية، مرجع سابق، ص٧٨.

(٤) انظر القضية [٢٠٠٠] SLT 1083 (Outer House) مشار ايها عند:

Peter Stone: **EU Private International Law Harmonization of Laws**, op. cit., p.84.

في حين يذهب آخرون إلى تفضيل مكان تنفيذ الالتزام الذي وقع الإخلال به والذي يستند إليه المدعي في دعواه[١]، بينما يتجه رأي في الفقه إلى أبعد من ذلك فيرون أنه يمكن الاستغناء عن وضع قاعدة عامة تنطبق على كافة العقود، ويكفي تبني قاعدة خاصة بعقود البيع مثلا حيث يعد المعيار الملائم للاختصاص فيها هو المكان الذي أتفق عليه لإجراء التسليم الفعلي للشيء محل عقد البيع[٢].

ولذلك نجد أن بعض الاتفاقيات الدولية قد تنبهت إلى هذا الخلاف وحسمت الأمر بالنسبة لها كما هو الشأن في اتفاقية بروكسل ١٩٦٨م بشأن الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية في المادة ٢/٥ حيث قررت أن الالتزام الذي يؤخذ في الاعتبار عند تحديد المحكمة المختصة ليس هو الالتزام الرئيسي المتولد من العقد كما أنه ليس أي التزام آخر، وإنما هو الالتزام الذي جرى الإخلال به والذي يستند إليه المدعي في دعواه[٣].

مع ملاحظة أن المسألة في تقدير الباحث، هي مسألة تقديرية تخضع لتقدير القاضي وفق ظروف وملابسات الواقعة المعروضة عليه، ومن ثم فإن عدم التقييد ووضع قاعدة مسبقة لتحديد الالتزام يتلاءم مع طبيعة العقود العصرية التي تتعدد الالتزامات الناشئة عنها، إلا أن البعض يثير مسألة تحكم القاضي[٤]، ونحن نقول إن تقدير القاضي ليس مطلقا فهو يخضع لرقابة محكمة النقض.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان هناك عدة التزامات وجرى الإخلال بها في ذات الوقت وكان محل التنفيذ في دول مختلفة، فإن المحكمة المختصة تحدد بالنظر إلى الالتزام الرئيس، وتنظر المحكمة المختصة بالالتزام الرئيس باقي الدعاوى المتعلقة بالالتزامات الأخرى بالتبعية[٥]، ولا عبرة في ذلك بنوع العقود المتولدة عنه الالتزامات سواء كانت مدنية أو تجارية فقد جاء النص مطلقا من غير قيد[٦].

---

(١) انظر في ذلك:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.48, *"The obligation" means that which is relied upon as the basis for the claim".*

(٢) د. أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٠.

(٣) وهو ما سار عليه التوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤، بشأن الاختصاص القضائي م ٥.

(٤) د. اشرف وفا محمد: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٣٩.

(٥) انظر: د. جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، مرجع سابق، ص٧٩.

(٦) مع العلم أن الدعاوى المتعلقة بالعقار تخرج من نطاق تطبيق هذا الضابط، وفق صريح المادة ٥٠ من قانون المرافعات المصري وهي كذلك الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية والتدابير الوقتية والتحفظية.

وفي ذلك تقول محكمة العدل الأوربية في أحد أحكامها الصادر في ٢٠٠٧م، والذي تقرر فيه أنه في حال تعدد أماكن تنفيذ الالتزام فإنه" كقاعدة عامة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها الالتزام الرئيس الذي يُحَدَّد على أسسٍ إقتصادية"[(١)].

ثانيا: مبررات ضابط محل التنفيذ:

إن هذا الضابط يقوم على مبرر فعلى ومنطقي حيث تكون المحكمة المختصة وفقا له في وضع أكثر قدرة على نظر النزاع وخصوصا أن العقد قد يكون ابرم ونفذ وفقا لقانون القاضي[(٢)]. ومن ثم، فإنه من المنطقي أن ينعقد الاختصاص لمحكمة هذا القاضي في هذه الصورة فهو أكثر درايةً بخفايا قانونه وأعلم بتفسيره[(٣)(٤)].

كما يبرر إسناد الاختصاص وفقا لهذا الضابط كل تلك الاعتبارات التي تتمثل في التيسير على المدعي، بحيث يمكنه الاختيار بين أن يرفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه أو محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه حيث توجد آثار العقد وسهولة التنفيذ عليها[(٥)].

بينما يؤسس البعض مبدأ اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد على فكرة الإقليمية أو ارتباط النزاع بنظام الدولة، حيث يتحقق الارتباط الإقليمي وفق هذا الرأي متى كان مصدر الالتزام قد نشأ في إقليم الدولة أو كان واجباً تنفيذه فيها[(٦)].

---

(١) انظر:

Color Drack GmbHv. Lexx International Vertriebs GmbH(Case C-386/05), [2007] I. L. Pr. 35, *"in such a case, the point of closest linking factor will, as a general rule, be at the place of the principal delivery, which must be determined on the basis of economic criteria".*

(٢) د. هشام على صادق: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص١١٨.

(٣) د. اشرف وفا محمد: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٣٨.

(٤) قارن في ذلك:

Poyton (D.A.) : **Electronic Contracts**: op. cit., p.81, *"In English law there are several well-established principles in relation to the time and place at which a contract is `made'. Primarily the point at which an acceptance is effective dictates the time and place at which the contract is formed. If this occurs within the jurisdiction the court may exercise its discretion to hear the case and permit service out of the jurisdiction".*

(٥) د. جمال محمود الكردي: التجارة الالكترونية والاختصاص القضائي بمنازعاتها، مرجع سابق، ص٧٩.

(٦) راجع أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٣٤، د. فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص٤٣٣.

ولعل فكرة الملاءمة هي الأجدر بحمل هذا المعيار حيث إن عقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي ابرم فيها العقد أو جرى تنفيذه بها يحقق نتائج عملية، ذلك أن محاكم هذه الدولة هي الأقدر من حيث الإلمام بظروف وملابسات الالتزامات التي تحيط بالمنازعات الخاصة التي نشأ أو نفذ فيها العقد وهو ما ذهب إليه الرأي الأول.

ثالثاً: مدى صلاحية ضابط محل إبرام أو تنفيذ الالتزام لعقد الاختصاص في عقود المستهلكين الالكترونية:

في مجال التجارة الالكترونية، يصعب معها تطبيق مثل هذا المعيار إذ إنه يثير العديد من المشكلات القانونية المرتبطة بتحديد مكان إبرام العقد أو تنفيذه، لما يقوم عليه هذا الضابط من الاعتبارات المادية التي لا تتناسب مع واقع عقود التجارة الالكترونية بصفةٍ عامة. وفي تحديد محل تنفيذ الالتزام خصوصاً في تلك العقود المبرمة عبر الانترنت، فإنه يجب أن نفرق بين نوعين من العقود الالكترونية:

١. العقود التي يتم إبرامها وتنفيذها عبر الشبكة- وهي عقود الكترونية خالصة إبراماً وتنفيذاً- مثل العقود التي ترد على الأفلام والإسطوانات الصوتية أو برامج الحواسيب أو الكتب والمجلات الالكترونية، أو الخدمات الالكترونية بشتى أنواعها- وفي هذه الصورة يثور التساؤل حول تحديد مكان أداء المورد أو تنفيذ العقد؟.

يذهب جانبٌ من الفقه إلى أن الاختصاص يتوزع بين مكان تواجد مورد الخدمة ومكان تواجد متلقيها[1] ، بمعنى أن تنفيذ التزام المورد في العقود الالكترونية الخالصة، يكون في مقر المورد (المرسل)، وهو كذلك في مقر المشتري(المرسل اليه)، فلو تعاقد مصري مع مورد أمريكي لشراء برامج تعليمية للغة الانجليزية من خلال موقع الأخير على شبكة الانترنت، فإن مكان تنفيذ الالتزام بالنسبة للمورد هو مقر عمله حيث تم تحميل البرامج، وهو بالنسبة للمشتري مقره حيث يتم استلامه لتلك البرامج.

وفي هذا النوع من العقود نجد أن هناك صعوبة بالغة في تحديد مكان تنفيذ التزام المورد هل هو المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي له أم المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات، أم مكان السرفر؟ ويبرر هذا التساؤل أن النظام الذي يتم من خلاله عملية البيع لا يوجد بينه ارتباط وبين مركز الشركة أو موطن المورد في أغلب الأحوال؛، يذهب رأي في

---

(١) د. أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣١.

الفقه إلى أن المكان الذي يوجد فيه سرفر البائع هو المكان الأكثر ملاءمةً للقول بأنه هو مكان أداء المورد ذلك أنه المكان المفضل عند البائع إقتصادياً وإجرائياً[1] .

أما تحديد مكان تنفيذ العقد وربطه بمقر المشتري أو الجهاز الذي يتم تحميل هذه البرامج عليه فإنه قد يكون مضللاً، فلو أن طبيباً يمنياً اشترك في مجلة طبية الكترونية تتبع إحدى الجامعات الألمانية، وهو يتنقل بشكل مستمر في أكثر من دولة، فإذا قلنا إن مقر الجهاز الذي يتم تحميل البرامج هو محل تنفيذ العقد بين الطبيب والمجلة، فإن ذلك يعطي نتائج خاطئة، إذ إن الطبيب قد يتنقل في بلدان مختلفة وينزل فيها هذه البرامج أو الأبحاث، وبالتالي يثور التساؤل حول ما هو المكان الذي نفذ فيه العقد؟.

تجيب على ذلك المادة ٣/١٠ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م، وهو كذلك في قانون الأونيسترال النموذجي عام ١٩٩٦م في الفقرة الرابعة من المادة ١٥ التي ورد نصها على النحو التالي: " رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر أنها أُستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه".

بينما يذهب البعض الآخر من الفقه - وهو ما يراه الباحث- أنه من الواجب أن يتجه أطراف العقد إلى النص على تحديد مكان التنفيذ خصوصا في ظل الصعوبة الواضحة في تحديد مكان التنفيذ في مثل هذه العقود[2] ، كما نرى أنه من الضروري أن ينص المشرع في قوانين التجارة الالكترونية على هذا الالتزام بحيث تصبح أحد مكونات العقد بجانب تحديد القانون الواجب التطبيق، أما في حال غياب هذا النص فإن التحديد يكون وفق نص المادتين السادسة والعاشرة من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية.

وفي تطبيق ذلك على عقود المستهلك الالكترونية، نجد أن القول بأن مكان تنفيذ العقد الالكتروني هو مقر المرسل، سوف يجعل المستهلك الالكتروني تحت رحمة المنتج وبالتالي عليه الذهاب إلى محكمة موطن المنتج للمطالبة بحقه، وهو ما لا يجوز في عقود الاستهلاك التي وضع المشرع لها قواعد خاصة حماية للمستهلك، وأما تحديد مكان تسلم هذه البرامج بمكان التنفيذ وبالتالي عقد الاختصاص القضائي لمحاكم مقر المستهلك فهو أمر محبب في عقود الاستهلاك وهو لا يخرج عن القواعد المقررة لحماية المستهلك.

---

(١) لأنه المكان الذي يتخذ في البائع الخطوات الأولى لتجهيز هذه المنتجات ليجعلها متاحة بشكل الكتروني، للمزيد أنظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.53.

(٢) د. صالح جاد المنزلاوي: الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص١٤٣.

٢. وفي هذه الصورة يجري إبرام العقد عبر الشبكة أما التنفيذ فإنه يجري خارجها، أي أن يجري التنفيذ وفق الطرق التقليدية كالتسليم بالمناولة، وهنا لا تنطبق هذه الصورة إلا على الأشياء المادية، فنجد حكم هذا الوضع قد تنبهت له اتفاقية بروكسل ١٩٦٨م والتعديلات التي أدخلت عليها وخصوصاً لائحة بروكسل، في المادة ١/٥ والتي قررت بأن تختص بنظر النزاع محاكم مكان تسليم المبيع أو المكان الذي كان يفترض أن يجري فيه التسليم- في حال كان النزاع متعلق بالتسليم- مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[1].

وعلى ذلك فإن عقد الاختصاص القضائي لمحكمة محل التسليم يرتبط إلى حد كبير بموطن المستهلك، بمعنى أن الاختصاص سوف ينعقد لمحكمة موطن المستهلك وهو أمر تنص عليه أغلب التشريعات الحديثة حماية للمستهلك لكونه طرفاً ضعيفاً في العقد. وبالتالي يثور التساؤل ماهو هذا المعيار وكيف يتم إعماله؟ نجيب على ذلك من خلال المبحث التالي.

---

(١) وقد ورد النص على النحو التالي:

"A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued:

1. *(a) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question;*
   (b) for the purpose of this provision and unless otherwise agreed, the place of performance of the obligation in question shall be:

in the case of the sale of goods, the place in a Member State where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered"

المبحث الثاني
خصوصية ضابط موطن المستهلك في حماية المستهلك الالكتروني

تمهيد وتقسيم:

إذا كان ضابط موطن المدعى عليه لا يصلح لعقد الاختصاص في قضايا المستهلكين عبر شبكة الانترنت بوصفهم طرفاً ضعيفاً ولصعوبة تركيز العلاقة مكانيا كما سبق أن أوضحنا[(١)]، فكذلك الحال بالنسبة لضابط الإرادة الذي يقوم على سلطان إرادة الأطراف، إذ من المعلوم أن عقود المستهلكين المبرمة عبر الانترنت هي في الغالب عقود إذعان[(٢)] تجري بين طرفين غير متكافئين فإرادة المهني تعلو على إرادة المستهلك. وعليه، فإن ضابط الإرادة في الاختصاص القضائي لا يعتد به على إطلاقه في حماية المستهلك ومن ثم فإنه يجب البحث عن ضوابط أكثر فاعلية في بسط الحماية للطرف الضعيف[(٣)] مع عدم حرمان المستهلك من الاستفادة من تلك القواعد.

على أن ضابط محل إبرام العقد أو محل تنفيذه كضابط خاص بالعقود يصعب تطبيقه بشأن عقود المستهلكين الالكترونية خصوصاً في ظل التشريعات التي لم تضع شروطاً للتركيز المكاني لإبرام العقد أو تنفيذه على نحو أدق، ولذلك فقد اتجهت بعض التشريعات إلى إلزام المورد بتحديد الموقع الجغرافي له عند إبرام العقد[(٤)].

من هنا اتجهت بعض التشريعات الحديثة إلى وضع قواعد جديدة في مجال الاختصاص القضائي يتم فيها مراعاة المستهلك كطرف ضعيف في العقد وعقدت الاختصاص القضائي الدولي في تلك العقود لمحكمة موطنه أو محل إقامته وهو ما سوف نوضحه على النحو التالي:

المطلب الأول: مضمون اختصاص محكمة موطن المستهلك.

المطلب الثاني: تقنين ضابط موطن المستهلك في التشريعات الدولية والوطنية.

المطلب الثالث: تقدير دور ضابط موطن المستهلك في حماية المستهلك الالكتروني.

---

(١) حول صعوبة الاعتداد بهذا الضابط في العقود الالكترونية، انظر: د. عادل أبو هشيمة: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٣٠.

(٢) راجع ما سبق بيانه ص٣٨.

(٣) انظر:
Peter Arnt Nielsen: **Jurisdiction Over Consumer Contracts**, op.cit, p.321.

(٤) د. صالح جاد المنزلاوي: الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف بالتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص١٣٩ وما بعدها.

المطلب الأول
مضمون اختصاص محكمة موطن المستهلك

في ظل التزايد المطّرد في نسبة العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت وما قد ينتج عنها من منازعات مختلفة، ونظرا لكون أغلب هذه العقود تتم بين المهني المحترف والمستهلك، فقد اتجهت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى تبني قاعدة جديدة في مجال الاختصاص القضائي وهي عقد الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك أو محل إقامته العادية بنظر المنازعات التي يكون طرفا فيها[١] ، وذلك من منطلق توفير أكبر قدر من الحماية لأحد طرفي العقد والوقوف إلى جواره باعتباره طرفاً ضعيفاً[٢] .

ويرجع أساس هذا الاختصاص إلى رغبة المشرع في إعطاء المستهلك كطرف ضعيف في عقود الاستهلاك حماية خاصة، في مواجهة المهني الذي تكون له كافة الامتيازات الاقتصادية والفنية[٣] ، ومن ثم فقد تدخل المشرع لصالح هذا الطرف الضعيف بسن قواعد خاصة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي الهدف منها هو تحقيق مبدأ العدالة الموضوعية[٤][٥] ، ولعل حماية المستهلك الالكتروني تبدو أكثر إلحاحا خصوصا وأنه يجد نفسه أمام متاجر افتراضية متعددة تمنحه فرصة التعاقد بطرق بسيطة وسهلة[٦] .

وبالنظر إلى مصلحة الدولة فإنها تسعى" إلى حماية مصالح معينة مثل مصلحتها في إقامة توازن في العلاقة العقدية بين المهنيين والمستهلكين وحماية المستهلك في مواجهة النفوذ الاقتصادي للمهني من أجل المحافظة على النظام القانوني والاقتصادي في الدولة"[٧] ، ومن

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٠ وما بعدها.

(٢) في حماية الطرف الضعيف انظر: د. أحمد محمد الهواري: حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٥٧، وفي أسس حماية المستهلك انظر: د. أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، مرجع سابق، ص٦١.

(٣) انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p65.

(٤) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان:الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٢٣.

(٥) انظر الحيثية ١١ والحيثية ١٣ من لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

(٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون والانترنت فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٦٤.

(٧) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٧٧.

ثم فإن مصلحة الدولة محل اعتبار عند تطبيقها لهذه القواعد التي تعمل من خلالها على توفير حماية معقولة لمواطنيها والمقيمين على إقليمها من خلال قواعد الاختصاص القضائي[(١)].

كما أن عقود الاستهلاك تقوم على مبدأ حسن النية، " وذلك لأن المستهلك غالباً من يقدم علي الشراء بناءً على المعلومات التي يقدمها إليه المنتج أو المورد لهذه السلع أو الخدمات"[(٢)]، حيث تؤكد محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٨ مارس ٢٠١٢م، أن المهني هو من يحمل زمام المبادرة في تقديم المعلومات اللازمة للعميل عند إبرام العقد[(٣)]، ومن المعلوم أن وسائل الدعاية والاعلان قد قفزت قفزات هائلة في التطور والتقدم، مما جعلها أداة ضغط على المستهلك بحيث تجعله تحت رحمة هذه الوسائل التي تدفعه الى التعاقد، ومن ثم فإن عقد الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك هو من باب الحماية له من أن يتحمل أعباء تثقل كاهله بجانب ما يتمتع به المهني من إمتيازات فنية ومعرفية واجرائية تجعله في وضع يخل بمبدأ حسن النية[(٤)].

وفي ذلك تقول محكمة العدل الأوربية في حكمها الصادر في ١٩٩٣م، " إن النظام الخاص الذي أنشئ – ضابط موطن المستهلك- مستوحاً من الحرص على حماية المستهلك بكونه الطرف الأضعف إقتصادياً والأقل خبرةً في المسائل القانونية من الطرف الآخر في العقد، ومن ثم فليس على المستهلك إجبارٌ في أن يقاضي الطرف الآخر في العقد(المهني) أمام محكمة موطنه"[(٥)].

---

(١) وهو نفس الأمر في تطبيق قانون محل إقامة المستهلك.

(٢) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠١١م، ص٣٨.

(٣) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى:
Par arrêt du 8 mars dernier, la première chambre civile a jugé (infra, n° 844), Revue Lamy droit des affaires, avril 2012, p.44.

(٤) انظر:
Peter Stone: **EU Private International Law Harmonization of Laws**, Op. Cit., p113.

(٥) انظر حكم محكمة العدل الأوربية في القضية رقم C-89/91 في عام ١٩٩٣م:
Case C-89/91 Shearson v TVB [1993] ECR1-139, para 18, *"The special system established .. . is inspired by the concern to protect the consumer as the party deemed to be economically weaker and less experienced in legal matters than the other party to the contract, and the consumer must not therefore be discouraged from suing by being compelled to bring his action before the courts in the Contracting State in which the other party to the contract is domiciled."*

ونتيجةً لذلك، فإن للمستهلك أن يرفع دعواه على المورد أمام محكمة موطن الأول أو محكمة محل إقامته، وذلك خلافاً للأصل العام الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو محل تنفيذ الالتزام أو حتى المحكمة المتفق على اللجوء إليها، إذ إن شرط الاختصاص القضائي المنصوص عليه في العقد قد يسقط في مثل هذه الحالة(١).

والواقع أن اختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته بمنازعات عقود الاستهلاك التي تبرم عبر شبكة الانترنت يبدو اختصاصا منطقياً، خصوصا أن عارضي السلع والخدمات ازداد عددهم ويترصدون للمستهلك بوسائل الإبهار والإغراء فضلاً عن أن عملية التعاقد الالكتروني أصبحت أكثر يسراً وسهولةً من عملية التعاقد التقليدية التي تمنح المستهلك مزيداً من التفكير والتقدير. ومن ثم، فلا يتصور أن نزيد المستهلك عبئاً إلى أعبائه الكثيرة ونلزمه بملاحقة المورد في موطنه قضائيا مما يجعله يحجم عن المطالبة بحقه(٢)، ويبقى من حق المستهلك الاستفادة من القواعد التقليدية تبعاً لتقديره الشخصي من حيث تحديد ما إذا كانت تخدم مصالحه أم لا مع ملاحظة أن الضابط الإرادي لا يعتد به إلا إذا وقع بعد قيام النزاع.

هذا الضابط نصت عليه بعض التشريعات(٣) والاتفاقيات الدولية(٤) التي نضمت قواعد خاصة في تحديد الاختصاص القضائي في قضايا المستهلك كونه طرفاً ضعيفاً في العقد يحتاج إلى حماية خاصة، خصوصا في التعاقد عبر الانترنت، نذكر من ذلك على سبيل المثال المادة ١/١٥-ج من لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ والتي جاء نصها على النحو التالي:" في القضايا الأخرى إذا العقد قد تم إبرامه مع شخص يقوم بمتابعة أنشطة تجارية أو حرفية في الدولة العضو والتي يكون فيها موطن المستهلك، أو قام هذا الشخص بتوجيه نشاطه وبأية وسيلة إلى تلك الدولة العضوة أو لعدة دول بما فيها تلك الدول العضو، وأن العقد يدخل في مثل هذا النشاط"، ثم أعقبت المادة ١٦ الفقرة ١و٢ التي نصت على أن" يجوز

---

(١) للمزيد انظر:

Thibault Verbiest: **Commerce électronique: loi applicable et juridiction compétente**, Par le Journal du Net 10 décembre 2002,http://www.journaldunet.com /printer/juridique 021210.shtml.

(٢) قارن في ذلك:

Peter Arnt Nielsen: **Jurisdiction Over Consumer Contracts**, Op.Cit, p323, Poyton (D.A.) : **Electronic Contracts**: Op. Cit., p86, *"The fears of being brought before a foreign tribunal are overstated. Most consumer contracts are of low transactional value, making court action an uneconomical and unlikely occurrence"*.

(٣) كما هو الشأن في المادة ١/١١٤ والمادة ١٢٠ من القانون الدولي الخاص السويسري، والمادة ٩٧ من القانون الدولي الخاص البلجيكي، والمادة ٣١٤٩ من القانون الدولي الخاص لاقليم الكبيك، ٤٥ من القانون الدولي الخاص التركي.

(٤) المادة١٣و ١/١٤ و١٥ من اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨م، والمادة ١٥و١٦و١٧ من التوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤.

للمستهلك رفع دعواه في مواجهة الطرف الآخر في العقد- المهني- إما أمام محاكم الدولة العضو التي يقيم فيها المهني أو أمام محكمة موطنه، ٢. ويمكن للطرف الآخر في العقد رفع دعواه في مواجهة المستهلك فقط أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها الأخير" ثم تردف المادة ١٧ من ذات اللائحة في فقرتها الأولى " ويجوز الخروج على هذه الأحكام- باتفاق الأطراف- فقط: ١. الاتفاق اللاحق على قيام النزاع..." [(١)].

من النصوص السابقة يتبين بجلاء أن المشرع قد اهتم بتنظيم قواعد خاصة الهدف منها هو حماية المستهلك كونه طرفاً ضعيفاً في العقد في مواجهة المهني، وتتميز هذه القواعد بميزات وخصائص تجعل منها ذات موضع مهم في مجال الاختصاص القضائي الدولي على خلاف القواعد العامة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، وفي مقابل ذلك كله لا يمكن تطبيق هذه القواعد التي تمثل الاختصاص النوعي إلا متى استوفت شروطاً تسمح بانطباقها، وهو ما سوف نوضحه تباعاً على النحو التالي:

أولاً: خصائص قاعدة الاختصاص القضائي الخاصة بالمستهلك:

تمثل قواعد الاختصاص الخاصة بحماية المستهلك قواعد نوعية مرتبطة بنوعية المنازعة، والتي تتمثل في المنازعات المتعلقة بعقود الاستهلاك. ومن ثم، فإن لهذه القواعد خصائص تميزها عن غيرها نعرض لها على النحو التالي:

---

(١) وقد وردت نصوص هذه المواد على النحو التالي:

Art. 15/1-c,*" in all other cases, the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities".,*

Art. 16/1,2." 1. *A consumer may bring proceedings against the other party to a contract either in the courts of the Member State in which that party is domiciled or in the courts for the place where the consumer is domiciled. 2. Proceedings may be brought against a consumer by the other party to the contract only in the courts of the Member State in which the consumer is domiciled".,*

Art. 17/1,*" The provisions of this Section may be departed from only by an agreement: 1.which is entered into after the dispute has arisen; or 2. which allows the consumer to bring proceedings in courts other than those indicated in this Section; or 3. which is entered into by the consumer and the other party to the contract, both of whom are at the time of conclusion of the contract domiciled or habitually resident in the same Member State, and which confers jurisdiction on the courts of that Member State, provided that such an agreement is not contrary to the law of that Member State".*

١. إنها قواعد خاصة حمائية لا تحركها إلا عقود الاستهلاك، التي يكون فيها اختلال في توازن العقد بين المهني والمستهلك[١]. ومن ثم، فإذا كان أطراف العقد من المهنيين فقط، أي تعاقدوا بصفتهم المهنية وليس لغرض الاستهلاك، أو كان أطراف العقد من المستهلكين فقط، والذين يبيعون ويشترون للمرة الواحدة بحيث يحمل الطرفان صفة المستهلك، فإن مثل هذه العقود تخرج من نطاق تطبيق هذه القواعد الحمائية الخاصة، فمفترضها أن يكون أطراف العقد هم مهنيون ومستهلكون، مما يعني أن هذه القاعدة تعيد التوازن بين طرفي العقد المهني المحترف الذي يملي شروطه والمستهلك الذي يقع تحت تأثير الأول ومن ثم فهو مستحق لحماية القانون[٢].

٢. إن اختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة تتسم بالطابع الاختياري بالنسبة للدعاوى التي يرفعها المستهلك في مواجهة المهني، فالمستهلك يكون بالخيار بين رفع دعواه أمام محكمة موطنه أو أمام محكمة موطن المدعى عليه- المورد- وفق القواعد العامة[٣]، أو أن يرفع دعواه أمام المحكمة المتفق على اللجوء إليها، شريطة أن يكون هذا الاتفاق وقع بعد قيام النزاع، وهذا يعتبر تميزاً في تسهيل الإجراء القضائي أمام المستهلك، بحيث يكون من حق المستهلك أن يختار بحرية تامة في أي محكمة يرفع دعواه والتي لا تمثل خطراً عليه، حتى لا يكون الاختصاص وفقاً لهذا المعيار قيداً على المستهلك ولا يعطيه حرية الاختيار.
فقد يكون من مصلحة المستهلك أن يلجأ إلى محكمة موطن المدعى عليه أو المحكمة التي اتفق الطرفان على عرض منازعتهم أمامها، وترك محكمة موطنه التي يراها أنها لا تخدم مصلحته، كأن تكون إجراءاتها معقده أو هروباً من كلفة التقاضي أمامها أو أي اعتبار آخر يراه المستهلك، ويكون ذلك واضحاً في المحاكم التي اعتمدت الإجراءات الالكترونية في إجراءات التقاضي، بحيث تمكن المستهلك- دون عناء- من رفع دعواه أمامها.

---

(١) انظر أحكام محكمة العدل الأوربية التي تشترط لتطبيق هذا الضابط أن يكون أحد أطرف العقد مستهلكاً:
Case C-234/04, 16th March 2006, Case C-464/01: Gruber v Bay Wa [2005] ECR I-439, Case C-27/02: Engler v Janus Versand [2005] ECR I-481,Case C-96/00: Gabriel [2002] ECR I-6367, Project XJ220 Ltd v Comte D'Uzes and Comte De Dampierre, 19th November 1993 (Boyd QC); and the Giuliano and Lagarde Report, [1980] O.J. C282 at p. 23.

(٢) انظر:
Peter Arnt Nielsen: **Jurisdiction Over Consumer Contracts**, op.cit, p.322.

(٣) وفق المادة ١/١١٤ من القانون الدولي الخاص السويسري، والمادة ١/١٤ من اتفاقية بروكسل، والمادة ١٦ من التوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤.

٣. إن قواعد الاختصاص القضائي القائمة على موطن المستهلك، هي قواعد حمائية، الهدف منها هو حماية الطرف الضعيف في العقد، وهي قواعد موضوعية تقوم على فكرة المواءمة وحماية التوقعات المشروعة للأطراف في مجال القانون الدولي الخاص[(١)]، بمعنى أن "الهدف من هذه المعاملة الخاصة هو توفير حماية إجرائية للمستهلك تعزز وتوفر التناسق والانسجام بين هذه القواعد الحمائية الموضوعية ووسائل تفعيلها"[(٢)].

٤. في الدعاوى المرفوعة على المستهلك، تتسم هذه القواعد بأنها ذات تطبيق آمر أو استئثاري، بحيث ينعقد الاختصاص بشأنها لمحكمة موطن المستهلك فقط. ومن ثم، لايجوز الخروج على ذلك باتفاق الأطراف، وهو ما أكدته المادة ٢/١٤ من معاهدة بروكسل وهي تتوافق مع قواعد الاختصاص العامة التي تجعل الاختصاص لمحكمة المدعى عليه فالمدعي يسعى للمدعى عليه إلى موطنه[(٣)].

وهنا يثور سؤال وهو: ما مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائي الخاصة بحماية المستهلك بالنظام العام؟ وتكمن الإجابة عن ذلك بالرجوع الى أحكام المادة١٦ والمادة ١٧ من لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ السابق الإشارة اليهما، حيث نرى أن المشرع قد فرق بين الدعاوى المرفوعة من المستهلك في مواجهة المهني، والدعاوى المرفوعه من الأخير في مواجهة الأول، فالدعاوى التي يرفعها المهني في مواجهة المستهلك ينعقد الاختصاص بشأنها لمحكمة موطن الأخير ويمثل هذا اختصاص استئثاري لا يجوز الخروج عليه، مما يعني أنه متعلق بالنظام العام، أما الدعاوى المرفوعة من المستهلك في مواجهة المهني، فإنه يجوز للمستهلك أن يتفق بشأنها وعقد الاختصاص لمحكمة غير محكمة موطنه بشرط أن يكون هذا الاتفاق لاحقاً على قيام النزاع، ويقوم على مبدأ حسن النية في التعاقد، وهو ما يستظهره قاضي الموضوع عند عرض المنازعة عليه[(٤)].

---

(١) انظر:

Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law A Study of Electronic Consumer Contracts**, op. cit, p.45.

(٢) د. بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤١.

(٣) د. طرح البحور علي حسن فرج: عقود المستهلكين الدولية بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، مرجع سابق، ص١٨٣.

(٤) انظر:

Youseph Farah: **Jurisdictionalrules applicable to electronic consumer contracts**, paper conference globalisation and harmonisation in technology law April 2006 Malta, British and Irish Law Education And Technology Association (BILETA) 21st, p.10.

ثانياً: شروط تطبيق قواعد إختصاص محكمة موطن المستهلك

من إستعراض النصوص التي نظمت قواعد الاختصاص الخاص بحماية المستهلك، يتضح بجلاء أن هذه النصوص قد وضعت شروطاً خاصة متى تحققت في عقد من العقود إنعقد الاختصاص بشأنه لمحكمة موطن المستهلك، وهي على النحو التالي:

١. يجب أن تكون المنازعة بصدد عقد استهلاك، فيشترط لإعمال قواعد الاختصاص القضائي النوعي وفق المواد ١٥و١٦ و١٧ من لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ أن يكون دخول المستهلك في العقد بصفته مستهلكاً نهائياً بعيداً عن مهنته أو حرفته، فعامل الربط هنا هو صفة المستهلك النهائي[١].

وهو ما انتهت إليه محكمة العدل الأوروبية في القضية **Standard Bank v Apostolakis**[٢]، وقد كانت وقائعها على النحو التالي: مستثمرون إنجليز اشتركو في عقود الصرف الأجنبي مع بنك في اليونان، ونتيجة لخسائر فادحة لحقت البنك رفع مشتركون قضايا على البنك أمام المحاكم اليونانية ورفع المشتركون الإنجليز دعوى أمام المحاكم الإنجليزية وطلبو وقف الاجراءات في اليونان، مطالبين بتطبيق أحكام المادة ١٣ من اتفاقية لاهاي ١٩٦٨م الخاصة بعقود الاستهلاك، كما طالبوا ببطلان شرط الاختصاص الذي أبرموه مع البنك لكونه من الشروط التعسفية التي لا يجوز إعمالها في عقود الاستهلاك، وقد دفع البنك بوجوب تطبيق المادة ١/٥ باعتبار أن الغرض من تعاقدهم مع البنك هو الربح. انتهت المحكمة إلى أنه لم يكن هذا العقد متعلقاً بأعمال تجارية أو مهنية وإنما كان سعي المتعاقدين للحصول على الربح من هذه العقود من أجل الاستخدام الخاص بهم واستهلاكه[٣].

٢. أن يكون العقد مسبوقاً بدعوى إلى التعاقد أو إعلان موجه من المهني إلى المستهلك في محل إقامته المعتادة، إذ لا يجوز أن نحمل المهني مالم يكن يتوقعه، وهو ما تطلق عليه التشريعات الحديثة توجيه النشاط، وفي عقود التجارة الالكترونية يكون ذلك مفترضاً خصوصا في تلك العروض التي تقع على صفحات الويب web، فالمورد يعرض منتجاته عبر تلك الصفحات محدداً أوصاف تلك المنتجات وأسعارها وطرق التسليم وكافة

---

(١) انظر ما سبق بيانه في تحديد مفهوم المستهلك، ص٢٦.

(٢) حكم محكمة العدل الأوربية:

Standard Bank London Ltd v Dimitrios and Styliani Apostolakis (No 1) [2000] IL Pr 766.

(٣) وقد وردت عبارات الحكم على النحو التالي:

“The court accepted that" it was not in the parties’ ‘trade, business or profession’... to enter into exchange contracts. The court held that as the respondents sought to obtain a profit that was specifically for their own private use or consumption they were deemed to be consumers”.

شروط التعاقد في أغلب الأحوال مما يمثل إيجابا وليس مجرد دعوى إلى التعاقد[(١)]. خصوصاً أن لائحة بروكسل لم تحدد الوسيلة التي يتم توجيه النشاط بها، وإنما ذكرت باي وسيلة.

أما في حالة الإعلان فقط فهي تمثل دعوى إلى التعاقد وفي كلتا الحالتين فإن العرض موجه إلى جمهور المستهلكين للتعاقد، ويعلم أن بمقدور الكافة الولوج إلى هذا العرض المعلن عنه أو استقباله والتعاقد من خلاله[(٢)]، كما أن الرسائل البريدية التي تصل إلى بريد المستهلك من المهني هي في ذات الوقت دعوى إلى التعاقد بما يمثل ذلك من اتجاه نية المهني إلى توجيه النشاط نحو هذا البلد إلا اذا اشترط في ذات الوقت عدم قبوله التعاقد مع المستهلك من ذلك البلد[(٣)(٤)].

وهنا يثور التساؤل عن مدى فاعلية ذلك الشرط الذي بموجبه تقوم المواقع بقصر عرض منتجاتها على مناطق جغرافية معينة[(٥)]، فما مدى فاعلية ذلك الشرط؟ يرى البعض أن هذا القصر سوف يجنب المهني تلك المنازعات التي تنشأ خارج حدود ذلك العرض[(٦)]، فإذا ماكان الموقع يسمح بالتعاقد مع المستهلك من أي مكان في العالم فإنه سوف يعد ذلك توجيهاً للنشاط نحو تلك البلدان مما يجعله يخضع لولايتها القضائية، أما في حال قصر الموقع تعاقداته على طائفة معينة من المستهلكين يقعون ضمن نطاق جغرافي معين فإن نتيجة ذلك، عدم خضوعه لولاية القضاء في الدول التي تخرج من نطاق هذا التحديد[(٧)].

---

(١) انظر:

Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law A Study of Electronic Consumer Contracts**, op. cit., p.78.

(٢) انظر:

Lee A Bygrave & Dan Svantesson: **Jurisdictional Issues and Consumer Protection in Cyberspace**: The View from "Down Under, op. cit, p.7.

(٣) انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.64.

(٤) قارن مع حكم محكمة العدل الأوربية في ٢٠٠٢/٧/١١م:

Hotel Alpenhof GesmbH v. Oliver Heller, Reference for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Austria) lodged on 24 April 2009, C-144/09.

(٥) انظر ما سبق بيانه في صور القصر ومدى فعاليتها ، ص٥٨.

(٦) انظر في التعليق على ذلك:

Lee A Bygrave & Dan Svantesson: **Jurisdictional Issues and Consumer Protection in Cyberspace:** The View from "Down Under", op.cit, p.10.

(٧) قارن في ذلك:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.55.

كما إن مسالة توجيه النشاط في مجال التجارة الالكترونية يختلف بحسب المواقع الالكترونية ذاتها، حيث يفرق البعض بين المواقع التفاعلية والمواقع غير التفاعلية، فإذا ماكان التعاقد عبر موقع تفاعلي فإن ذلك يمثل توجيهاً للنشاط في كل مكان يسمح بالولوج إليه والتعاقد من خلاله(١)، أما إذا كان الموقع غير تفاعلي أو سلبي، حيث يكتفي بمجرد الإعلان المجرد عن السلع والخدمات فإنه لا يمثل ذلك توجيهاً للنشاط، ومن ثم فإنه لا يسمح بالتعاقد من خلاله إلا بالاستعانة بوسائل أخرى كالبريد الالكتروني أو الهاتف(٢).

بينما يشترط البعض الآخر(٣) ضرورة أن تكون هناك علاقة وثيقة بين العرض والعقد المبرم حتى يمثل ذلك دعوى مسبوقة إلى التعاقد مع المستهلك، وفي حقيقة الأمر إن إشتراط مثل هذه العلاقة يمثل إجحافاً بحق المستهلك وإهداراً للحماية الخاصة التي يتمتع بها، فوق تكبده عناء إثبات ذلك وهو أمر صعب للغاية.

بينما نجد أن القضاء الأمريكي يعتمد على معيار الاستهداف بدل توجيه النشاط(٤)، والذي طورته المحكة فيما بعد بمعيار التأثير والتأثر، بحيث يصبح الموقع

---

(١) ومن ثم فإن مسالة توجيه ومتابعة النشاط يجب ان تفسر تفسيراً واسعاً لتشمل جميع المواقع التي تعرض منتجاتها عبر الانترنت ويتم التعاقد من خلالها والتي تمثل المواقع التفاعلية، انظر ما اوردته لجنة تطوير اتفاقية بروكسل في مشروع اتفاقية بروكسل ١٩٩٩م:

Proposal for a council Repulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Com1999/348, 99/0154), on 14 July1999, available at eur-lex.europa.eu/LexUri Serv/LexUri Serv.do?uri=COM: 1999: 0348:FIN:EN:PDF, *"With the development of the new forms of electronic marketing techniques, the concept of "pursuing or directing activities" could be widely interpreted as websites or online sellers targeting activities, providing an online shopping platform, and offering goods or services to consumers in the member state of the consumer's domicile, or a number of member states in cluding that member state. The Commission has explained that the extended concept of "pursuing or directing activities" is designed to include consumer contracts concluded via "interactive websites accessible in the State of the consumer's domicile".*

(٢) انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.63&69.

(٣) انظر:

Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law A Study of Electronic Consumer Contracts**, op. cit., p.84.

(٤) ويعتبر هذا المعيار توسعاً من القضاء الأمريكي ليشمل بذلك المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية التي تقوم على الضرر الذي يتسبب فيه الموقع في هذه الدولة، انظر:

Cybersell, Inc v. Cybersell, Inc, 130 F. 3d 414, 420 (9th Circuit 1997), *"The targeting test, places greater emphasis on identifying "the intentions of the parties and the steps taken to either enter or avoid a particular jurisdiction*"." The"targeting" approach is applicable to both contract and tort,".

تحت سلطة المحكمة متى ما كان من شأن نشاطه على الموقع الالكتروني يؤثر في تلك الولاية سلباً أو إيجاباً، وهذا توسع محموم منها في ضبط التوسع الهائل للعمليات الالكترونية التي تخترق الأسواق الدولية والمحلية[١].

٣. مدى اشتراط أن يقوم المستهلك بالإجراءات الضرورية في موطنه أو محل إقامته، يذهب البعض إلى إشتراط قيام المشتري بالإجراءات اللازمة للتعاقد في موطنه حتى يستفيد من تطبيق احكام الحماية الخاصة بالمستهلك[٢]، إذا كان ذلك صحيحاً في العقود التقليدية، إلا أن الوضع يختلف في عقود التجارة الالكترونية حيث يصعب تحديد المكان الذي بدأ فيه المستهلك بالإجراءات الضرورية للتعاقد مع المهني. ومن ثم، فهو إلزام في غير موطنه، إذ إن الصورة التي يتم فيها العقد الالكتروني تكون أكثر تعقيداً من العقود التقليدية حيث إن المستهلك يدخل على شبكة الانترنت ويستهدف موقعاً معيناً يتعاقد معه وقد يكون في أعالي البحار أو في الفضاء أو في أي دولة أخرى خصوصا مع وجود الجيل الثالث من التكنولوجيا المتنقلة.

ومن ثم، فإن اتخاذ المستهلك لإجراءات التعاقد في موطنه هو مفترض قائم في عقود التجارة الالكترونية[٣]، على أن إلقاء العبء على عاتق المستهلك في إثبات العكس هو أمر مجحف بحقه ويحمله مالا يستطيع خصوصا في ظل الطبيعة اللامادية للمواقع الالكترونية، وبهذا فإن التفسير المنطقي لهذا الشرط في ظل عقود التجارة الكترونية هو أن المستهلك قد قام بإجراءات التعاقد في موطنه وينتقل عبء الإثبات على عاتق المهني لإثبات العكس، إذ المشرع الزمه بالإدلاء بالبيانات اللازمة للتعاقد بما فيها مسائل الاختصاص والقانون الواجب التطبيق حتى يكون التعاقد صحيحاً[٤].

---

(١) انظر:

Aciman and Vo-Verde (2002),p.16,p.19,andalso ALS Scan, Inc v. Digital Service Consultants, Inc, 293 F. 3d 707, 714 (4th Circuit 2002).

(٢) انظر:

Ronald A. Brand: **Intellectual Property, Electronic Commerce and the Preliminary Draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, CASRIP Publication Series**: Rethinking Int’l Intellectual Property, No. 6, 2000, p.49.

(٣) في ذلك انظر:

Lorna E. Gillies: **Electronic Commerce and International Private Law**, op.cit, p.87.

(٤) انظر التوجيه الأوربي ٢٠٠٠/١٣ بشان التجارة الالكترونية م١٠.

المطلب الثاني
تقنين ضابط موطن المستهلك في التشريعات الدولية والوطنية

بعد أن أصبحت التجارة الالكترونية واقعاً لا مفر منه حيث بلغ عدد المتعاملين عبر وسائل الانترنت ما يعادل أكثر من ربع سكان العالم في ٢٠٠٩م بمقدار (١،٩) مليار فرد وفق أحدث التقارير[1]، وأصبح التدخل التشريعي أمراً واقعاً لا مفر منه لمعالجة المشكلات الناتجة عن التعامل من خلال تلك الشبكة، وأبرز تلك المشكلات هي مشكلة الاختصاص القضائي، فقد تصدت الاتفاقيات الدولية والتوجيهات الأوربية لمعالجة ذلك الوضع المختل ولا سيما فيما يتعلق بمسائل الاختصاص في عقود المستهلكين الالكترونية التي تحتاج لحماية خاصة.

فقد قننت هذه الاتفاقيات ضابط موطن المستهلك كمعيار للاختصاص القضائي في المنازعات التي يكون طرفها مستهلكاً، وقد ألقت تلك الاتفاقيات بظلالها على التشريعات الوطنية خصوصا تشريعات الدول الأوربية حيث تلقفت ذلك المعيار وأبرزته في تشريعاتها المختلفة سعياً لإزاحة العوائق أمام التجارة الالكترونية وازدهارها. على أن الدول العربية لم تلتفت إلى مثل هذه المعايير في تشريعاتها بالرغم من الحجم المتزايد للمتعاملين على الانترنت فيها، ولذلك نقصر العرض هنا على الاتفاقيات الدولية وتشريعات الدول الأوربية والغربية، وهو ما سوف نبينه على النحو التالي:

أولاً: ضابط موطن المستهلك في الاتفاقيات الدولية:

يخضع الاختصاص القضائي الدولي في الدول الأوربية لاتفاقيتي بروكسل ولوجانو[2] والتعديلات الواردة عليهما بموجب الاتفاقيات الأوربية[3]، وهذه الاتفاقيات تنص على القواعد العامة في تحديد الاختصاص القضائي في حال كان أحد طرفي العقد من المستهلكين، وسوف نفصل تلك القواعد ونبرز الفوارق بينها، مع ملاحظة أن الاحكام التي وردت في هذه الاتفاقيات يتم تطويرها بشكل مستمر لتواكب التطورات التي تصاحب العقود الحديثة، ومنها العقود الالكترونية، ونورد ذلك على النحو التالي:

---

(١) انظر هذه الإحصائيات في تقارير الاتحاد الدولي للاتصالات متوافر على الرابط التالي:
http://www.itu.int/ITU-D/ict/index.html.

(٢) وهما اتفاقيتان بشأن الاختصاص القضائي وإنفاذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية، وقد جرى الاتفاق على اتفاقية بروكسل في عام ١٩٦٨م بين دول الجماعة الأوربية الاقتصادية آنذاك، ثم تبعتها اتفاقية لوجانو المبرمة في ١٩٨٨م بين دول الاتحاد الأوربي وفق اتفاقات التجارة الحرة .

(٣) وأبرزها التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠١/٤٤ بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية، ونشر في الجريدة الرسمية في ٢٢ ديسمبر ٢٠٠٠م ودخلت حيز التنفيذ في مارس ٢٠٠٢م.

١. اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨م

لقد جاءت اتفاقية بروكسل المبرمة في عام ١٩٦٨م والخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية بقواعد اختصاص عامة ثم تبعتها بعدة استثناءات وأبرز تلك الاستثناءات تلك المتعلقة بقواعد الاختصاص في قضايا المستهلكين، فقد ورد تحديد اختصاص محكمة موطن المستهلك في المادة ١٣/١-٣ وذلك وفق شروط وضوابط كالتالي:

أ. إذا كان إبرام العقد قد سبقه تقديم عرض خاص أو إعلان في دولة موطن المستهلك.

ب. إذا كان المستهلك قد قام في دولته بالأعمال اللازمة لإبرام العقد".

ثم تبعه نص المادة ١٤ حيث نصت على تحديد الاختصاص بالدعاوى التي ترفع من المستهلك على المهني وذلك بأن تركت الخيار للمستهلك برفع دعواه على المهني أمام محكمة موطن هذا الأخير أو أمام محاكم موطن الأول. على أنه في جميع الأحوال لا يجوز رفع الدعوى على المستهلك من قِبَل المهني إلا أمام محاكم موطن المستهلك. وأخيراً جاءت المادة ١٥ مقررةً بأنه لا يجوز الخروج على حالات الاختصاص السابقة إلا باتفاق لاحق على نشأة النزاع[١].

وبذلك، فإنه يمكن أن نفرق بين وضعين الأول الدعاوى المرفوعة من جانب المستهلك على المهني، والأخرى تلك الدعاوى التي ترفع على المستهلك[٢][٣]:

---

(١) انظر نص الاتفاقية على الرابط التالي:
http://www.jus.uio.no/lm/brussels.jurisdiction.and.enforcement.of.judgments.in.civil.and.commercial.matters.convention.1968/doc.html.

(٢) وهذ بعكس الوضع في قانون إقليم الكيبك الكندي والذي يمنح الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك سواء كان في مركز المدعي أم المدعى عليه وفق صريح المادة ٣١٤٩، بل ويمنع التنازل عن ذلك مطلقاً.

(٣) للمزيد انظر القضية التالية:
Johann Gruber v. Bay Wa AG, Judgment of the Court (Second Chamber) of 20 January 2005, Case C-464/01."*1. A consumer may bring proceedings against the other party to a contract either in the courts of the member state in which that party is domiciled or in the courts for the place where the consumer is domiciled.*
2. Proceedings may be brought against a consumer by the other party to the contract only in the courts of the Member State in which the consumer is domiciled".

أولاً: الدعاوى المرفوعة من المستهلك ضد الطرف الآخر، بمعنى أن المستهلك يكون في مركز المدعي والمورد أو الموزع في مركز المدعى عليه. وهنا ووفقاً لقواعد بروكسل فإن المستهلك بالخيار في أن يرفع دعواه أمام محاكم موطنه أو أن يرفعها أمام محاكم موطن المهني أو المورد، بمعنى أن الاختصاص يتسم في هذه الصورة بالطابع الاختياري(١).

ولا شك أن خيار المستهلك في هذه الصورة يحكمه مجموعة من العوامل يراعيها عند القيام بذلك الاختيار أهمها المسائل الإجرائية المتبعة من قبل المحكمة، ومسائل الإثبات والمواعيد كموعد رفع الدعوى وسقوطها وتقادمها ومسائل أخرى تتعلق بالنفقات والتكاليف الأخرى.

ثانياً: الدعاوى المرفوعة على المستهلك، وهي تلك الدعاوى التي يرفعها المورد على المستهلك والتي ينعقد فيها الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك. وهنا يعد هذا الاختصاص وجوبياً، بمعنى أنه اختصاص استئثاري وفق نص المادة ٢/١٤ من معاهدة بروكسل، وهذا يعتبر عودة للقواعد العامة في الاختصاص القضائي التي ينعقد فيها الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه وفق المادة ٢٩ مرافعات مصري(٢).

وتسعى الاتفاقية في هذه الصورة إلى تقرير حماية المستهلك من نزعة الطرف الآخر في العقد والذي قد يسعى إلى جر المستهلك خارج موطنه ويفقده جزءاً من حقوقه في الدفاع عن نفسه(٣)، غير أن المستهلك لا يستفيد من تلك الحماية إلا متى توافرت له عدة شروط وفق نص المادة ١٣ من معاهدة بروكسل":

١. أن يكون عقد البيع محل النزاع عقد بيع بالتقسيط.

٢. أن يكون البيع لأشياء مادية منقولة.

٣. أن يكون قد تم تسلم المبيع.

٤. أن يكون العقد مسبوقاً باقتراح للتعاقد أو بإعلان لهذا العرض في دولة محل إقامة المستهلك.

٥. أن يقوم المستهلك باتخاذ الإجراءات اللازمة لإبرام العقد في الدولة التي يتوطن فيها".

---

(١) انظر:

Peter Arnt Nielsen: **Jurisdiction Over Consumer Contracts**, op.cit, p.324.

(٢) سبق بيان قواعد الاختصاص وفق هذا الضابط راجع آنفا ص٢٠٨.

(٣) د. جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، مرجع سابق، ص ١١٤.

على أن هذا النص لا ينطبق على بيع الأشياء المنقولة المعنوية أو العقارات، فليس كل بيع مع المستهلك ينطبق عليه هذا الحكم وإنما البيع بالتقسيط شريطة تسلم المبيع فعلاً، وفي ذلك تقول محكمة العدل الأوربية في حكمها الصادر في ٢٧ ابريل ١٩٩٩م بأن العقد المبرم لتصنيع يخت اتفق فيه على دفع الثمن موزعاً على دفعات قبل الحيازة الفعلية لهذا اليخت لا يعد بيعاً بالتقسيط ومن ثم فقد رفضت المحكمة تطبيق نص المادة ١٣ المتعلقة بالعقود المبرمة مع المستهلكين[١]، غير أنه من المسلم به أن عقود التجارة الالكترونية هي عقود ناجزة وليست عقود تقسيط وهو ما جرى التنبه له في الاتفاقيات اللاحقة كالتوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤.

بينما يرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذه الاتفاقية لا تحقق الحماية للمستهلك الالكتروني فهي تشترط أن يكون إبرام العقد جاء نتيجة عرض خاص وجهه البائع إلى دولة المستهلك، بمعنى ضرورة أن يكون العرض أو الدعوى إلى التعاقد موجهاً إلى نطاق جغرافي معين، وهو ما لا يتحقق في عقود التجارة الالكترونية من حيث الواقع[٢].

على أن الباحث يرى أن عقود التجارة الالكترونية تخضع لحكم نصوص تلك الاتفاقيات. ومن ثم، فإن المستهلك الالكتروني يستفيد من قواعد الحماية التي تقرها أحكام هذه الاتفاقية، حيث إن عرض المهني عادة ما يكون موجهاً إلى الكافة متضمناً لأوصاف المنتج وعناصر التعاقد في حال العرض على صفحات الويب web وهو ما يمثل عرضاً بل وإيجاباً، وإن مفهوم توجيه النشاط يجب أن يفسر تفسيراً واسعاً[٣]، كما أن المنتجين قد يقومون بإرسال تلك العروض على البريد الالكتروني.

٢. مشروع اتفاقيات لاهاي ١٩٩٩م

تبين من استعراض اتفاقية بروكسل أنها احتوت على قواعد تتسم بالعمومية. ولذلك، فإن تطبيقها على منازعات التجارة الالكترونية يحتاج إلى اجتهاد القضاء والتصرف عند تطبيق أحكامها، مما يعني أن اختلاف وجهات النظر في تطبيقها هو أمر حتمي، ولذلك فقد سعت الدول الأوربية إلى تجنب مثل هذه الصعوبات عبر تنظيم مثل هذه

---

(١) متوافر الحكم على موقع المحكمة على الانترنت الرابط:
http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en

(٢) للمزيد انظر:
M. Pertegás Sender: **Les Consommateurs Internautes Face Au Nouveau Droit De La Procédure Internationale**: Du Régime Conventionnel Au Régime Communautaire, journal des tribunaux 17 février 2001, p.192.

(٣) انظر:
Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.88.

القواعد من خلال مشروع اتفاقية لاهاي ١٩٩٩م[١]، بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية.

حيث نلاحظ أن واضعي المشروع قد راعوا ذلك عند صياغتهم لنص المادة السابعة من المشروع مسائل التجارة الالكترونية[٢]، إذ تجنبوا فكرة العرض الخاص الواردة في شروط تطبيق أحكام اتفاقية بروكسل بالنسبة للمستهلكين، واكتفوا بأن يكون إبرام العقد قد تم نتيجة ممارسة البائع أنشطة احترافية في دولة المستهلك- توجيه النشاط-، وهو ما ينطبق على معاملات التجارة الالكترونية، كما أبقى المشروع على الشرط الثاني في اتفاقية بروكسل بحيث اشترط أن يقوم المستهلك بالإجراءات الضرورية للتعاقد في دولته. ومن ثم، فإنه يخرج من نطاق تطبيق قواعد الاختصاص الحمائية للمستهلك الذي يقوم بالتعاقد وكتابة بياناته الشخصية عند الشراء على الموقع الالكتروني وهو في دولة أخرى غير دولة موطنه[٣].

٣. <u>لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية</u>

جاءت لائحة بروكسل ٢٠٠١/٤٤ وأعطت حمايةً خاصة للمستهلك في مجال الاختصاص القضائي وذلك وفق نص المادة ١٥ منها حيث يجري نص الفقرة الثالثة منها على أن تختص محكمة دولة موطن المستهلك إذا كان قد أبرم عقده مع شخص يمارس أنشطة تجارية أو احترافية في هذه الدولة أو كان- وبأي وسيلة- قد وجه نشاطه نحو هذه الدولة منفردة أو معها مجموعة من الدول وكان إبرام العقد قد تم نتيجة هذه الأنشطة[٤]، ثم تعقب المادة ١٦ من ذات اللائحة بفقرتيها لتؤكد على أنه يجوز للمستهلك رفع دعواه ضد الطرف الآخر(المهني) إما في محاكم الدولة العضو التي يقيم فيها هذا الطرف أو أمام محكمة موطن المستهلك، أما الدعاوى التي ترفع من المهني في مواجهة المستهلك فلا يكون الاختصاص بشانها إلا لمحاكم موطن هذا الأخير.

---

(١) انظر في نصوص المشروع والتعليق عليه مذكرات الوايبو في الدورة الثانية جنيف نوفمبر ١٩٩٩م متاح على الرابط التالي:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/fr/sct_3/sct_3_3.doc

(٢) في تفاصيل المشروع واهتمامه بالتجارة الالكترونية انظر الرسالة التالية:

Knut Woestehoff: **The Drafting Process for a Hague Convention on Jurisdiction and Judgments with Special Consideration of Intellectual Property and Ecommerce**, LLM, University of Georgia School of Law, 2005, p.22.

(٣) انظر:

Ronald A. Brand: **Intellectual Property, Electronic Commerce and the Preliminary Draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters**, op. cit., p.49.

(٤) ويعتبر هذا التوجيه معدل لاتفاقية بروكسل ١٩٦٨م ويحل محلها.

بهذا نجد أن لائحة بروكسل قد تبنت معيار توجيه النشاط واكتفت به لفرض الحماية على المنازعات التي يكون طرفها مستهلكاً الكترونياً، ومن ثم، فقد استبعدت ضرورة قيام هذا الأخير بالإجراءات الضرورية للتعاقد في دولته كما كان عليه الحال في اتفاقية بروكسل ١٩٦٨م[١]، وهو ما يتناسب مع عقود التجارة الالكترونية التي يمكن أن تتعدد أماكن إجراءات العقد، كما قدمت اللائحة حلا مناسباً لعقود الخدمات التي يتم إبرامها وتنفيذها على الشبكة واعتبرت أن مكان تحميل البيانات الواردة هو المكان الذي جرى تنفيذ العقد فيه[٢]. وبالتالي فإن القواعد التي جاءت بها لائحة بروكسل قد منحت المستهلك الحماية اللازمة في مسائل الاختصاص القضائي الدولي وذلك بأن منحته التقاضي أمام محكمة موطن أو محل إقامته.

على أننا نسجل في هذا الموقف بعض الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى: إن قواعد الاختصاص في منازعات المستهلكين في كلٍ من بروكسل ومشروع لاهاي والتوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤(بروكسل) قد أجمعت على صحة اتفاق الأطراف على منح الاختصاص لقضاء دولة من الدول، واكتفت بوضع قيد على صحة هذا الاشتراط وهو أن يكون هذا الاتفاق قد وقع لاحقاً لقيام النزاع [٣]، وأن لا يكون الاتفاق السابق على قيام النزاع صحيحا وفق هذا النص، ومع ذلك وبالإمعان في نص المادة ١٥ من التوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤ (بروكسل) نجد أن الاتفاق السابق على قيام النزاع يكون صحيحاً وذلك[٤] بشروط ثلاثة:

---

(١) انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.50.

(٢) للمزيد، انظر:

Peter Arnt Nielsen: **Jurisdiction Over Consumer Contracts**, op.cit, p.326.

(٣) وقد جرى نص المادة على النحو التالي:

Directive EU 44/2001: Article 17 "*The provisions of this Section may be departed from only by an agreement:*

1. *which is entered into after the dispute has arisen; or*
2. *which allows the consumer to bring proceedings in courts other than those indicated in this Section; or*
3. *which is entered into by the consumer and the other party to the contract, both of whom are at the time of conclusion of the contract domiciled or habitually resident in the same Member State, and which confers jurisdiction on the courts of that Member State, provided that such an agreement is not contrary to the law of that Member State".*

(٤) انظر:

«

١. أن يكون كلاً من المورد والمستهلك يقيم في نفس الدولة عند إبرام العقد.

٢. منح الاختصاص لمحاكم هذه الدولة.

٣. أن لا يخالف هذا الاتفاق قواعد الاختصاص في قانون هذه الدولة.

وهذه الاشتراطات هي تحصيل حاصل إذ إن من شانها إعادة الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك. ومن ثم، فإن المحكمة المختصة بنظر منازعات المستهلكين التي يرفعها المستهلك في مواجهة المهني، هي محكمة موطن المستهلك، أو محكمة موطن المدعى عليه أو المحكمة المرفوع أمامها النزاع والمتفق على اللجوء إليها بين الأطراف بعد قيام النزاع، أما الدعوى التي ترفع على المستهلك من قبل المهني فإن الاختصاص بها مقصور على محاكم موطن المستهلك حتى ولو كانت الشروط العامة للموقع تشمل الاختصاص الحصري لمحاكم محل إقامة البائع على شبكة الانترنت وفق نص المادة ١٧ من لائحة بروكسل[١]، وتؤكد على ذلك محكمة العدل الأوربية حيث اعتبرت أن عقد الاختصاص الذي أبرمه الطرفان المقيمان في أسبانيا وأعطى الاختصاص للمحاكم المدنية التي لم يكن المستهلك مقيماً فيها يعد باطلاً وفق التوجيه الأوربي ٩٣/١٣ طالما أنه لم يتم التفاوض على هذا الشرط وبالتالي يبطل شرط الاختصاص حماية للطرف الضعيف في العقد[٢].

الملاحظة الثانية: إن مشروع اتفاقية لاهاي في المادة ١٠ ومقترحات المفوضية الأوربية ١٩٩٩م وكذلك التوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤ قد اعترف بصحة الاتفاقات الالكترونية وخصوصاً اتفاقات إختيار المحكمة إذا استوفت الحد الأدنى من اشتراطات المصداقية، كأن تثبت على دعامة مادية بحيث يمكن الرجوع إليها في أي وقت[٣].

»

Lorna E Gillies: **A Review of the New Jurisdiction Rules for Electronic Consumer Contracts within the European Union**, Journal of Information, Law and Technology(JILT) : 28 February 2001, Issue1, pp.15-16.

(١) قارن في ذلك عند:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.104.

(٢) حكم محكمة العدل الأوربية الصادر في ٢٧ يونيو ٢٠٠٠م متوافر على الرابط:

http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en.

(٣) انظر:

Catherine Kessedjian: **Electronic Commerce And International Jurisdiction, Hague Conference On Private International Law**, Ottawa, 28 February to 1 March 2000, p.5.

٤. **مشروع القانون النموذجي بشأن الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك بين الدول الأمريكية ٢٠٠٨م**

جاء مشروع القانون النموذجي بشأن الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين[1]، الذي قدمته كندا إلى مؤتمر منظمة الدول الأمريكية المعني بعقدود الاستهلاك الدولية CIDIP في مايو ٢٠٠٨م، ليضفي على المستهلكين رعاية خاصة وذلك في المادتين الثالثة والرابعة على وجه الخصوص، ويشمل بذلك المستهلك الالكتروني، حيث أعطت للمستهلك حق رفع دعواه في مواجهة المهني أمام محكمة موطنه- المستهلك- وذلك بشروط: أول هذه الشروط: أن يكون المستهلك مقيماً في إقليم الدولة عند بدء إجراء التعاقد، ثانيها: أن يكون العقد قد نتج عن أعمال قام بها البائع في إقليم الدولة التي ينتمي اليها المستهلك، بمعنى أن تكون هناك علاقة وثيقة بين الدولة ونشاط البائع، وفق ما بينته المادة الرابعة في تفسيرها لهذه العلاقة وذلك في الفقرة(١/ب-أ) [2].

حيث استخدم واضع المشروع مصطلح solicitation of business في تفسيره لهذه العلاقة، والذي يعني التماس الأعمال التجارية في موطن المستهلك، ومؤدى ذلك أن يلقي العبء على المستهلك لإثبات استهداف نشاط البائع لدولة محل إقامته والذي تعاقد معه من خلال ذلك- وهو ما لايجوز إثقال كاهل المستهلك به- خصوصاً أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة من ذات المشروع تفترض أن عقد المستهلك قد نتج عن نشاط البائع في دولته مالم يوضح البائع أنه قد اتخذ خطوات معقولة لتفادي التعاقد مع المستهلك في اقليم هذه الدولة[3].

بمعنى أن المشروع في مادته الرابعة قد استخدم فكرة targeting concept، والتي تعني فكرة الاستهداف بحيث يكفي لاختصاص محكمة موطن المستهلك أن يكون نشاط البائع قد استهدف دولة محل إقامة المستهلك، ويبرر هذا بأن مفهوم الاستهداف يجنب عدم

---

(١) راجع نص هذا المشروع من خلال الرابط التالي:

http://www.oas.org/dil/Draft_of_proposal_for_a_Model_Law_on_Jurisdiction_and_Applicable_Law_for_Consumer_Contracts_Canada.pdf

(٢) وقد جرى نص هذه الفقرة على النحو التالي:

Art. 4/1-b(i) *"subject to paragraphs 2 and 3, the consumer contract resulted from a solicitation of business in [name of State] by the vendor".*

(٣) وقد جرى نصها على النحو التالي:

Art. 4/2. *"For the purposes of subparagraphs 1(b)(i) of this Article, a consumer contract is deemed to have resulted from the solicitation of business in [name of State] by the vendor unless the vendor demonstrates that he or she took reasonable steps to avoid concluding consumer contracts with consumers habitually residing in [name of State]".*

اليقين المرتبط بإخضاع البائع لاختصاص محاكم الدولة التي يمكن الوصول منها إلى الموقع الالكتروني للبائع على الشبكة فيما لو كان مفهوم solicitation هو المقصود[١]. حيث إن فكرة الاستهداف(targeting concept) تجعل عبء الإثبات ينتقل إلى البائع، بحيث يجب عليه إثبات أنه قد اتخذ كل الخطوات اللازمة لتجنب إبرام العقود مع المستهلكين المقيمين في إقليم دولة المستهلك وهو ما يتفق مع الفقرة الثانية من المادة الرابعة من المشروع[٢].

ويرجع أصل هذا المصطلح إلى ما استخدمه القضاء الأمريكي في شأن إثبات العلاقة بين الدولة ونشاط الموقع الالكتروني في الدعاوى المتعلقة بنشاط ذلك الموقع[٣]، ويمكن للمحكمة أن تأخذ في الاعتبار -وهي في صدد فحص إثبات البائع- بعض الخطوات التي يستند إليها في إثبات صحة ما قدمه، مثل: أن يشير البائع على صفحة موقعه أنه لا يتحمل مسؤلية التعاقد مع المستهلكين من تلك الدولة، أو أن يتخذ من بعض الوسائل التكنولوجية التي من شأنها حظر ولوج المستهلكين إلى موقعه الالكتروني من تلك الدولة، أو أن يطلب تفاصيل متعلقة بتحديد هوية المتعاقد معه ومحل إقامته...الخ.

ثانياً: تقنين الضابط في القوانين الوطنية:

بالرغم من سريان اتفاقية بروكسل والتوجيهات المعدلة لها بين دول الاتحاد الأوربي إلا أن بعض هذه الدول قد نصت في قوانينها على تلك القواعد الخاصة بالاختصاص القضائي المتعلقة بحماية الطرف الضعيف (المستهلك)، نعرض لموقف القانون المقارن، ثم القانون المصري واليمني:

---

(١) انظر التعليقات التي وردت على المشروع من خلال الرابط السابق الإشارة إلية.

(٢) وقد جرى التعليق على نص المادة الرابعة في المذكرة التوضيحية المقترنة بالمشروع على النحو التالي:
Article 4 *"essentially incorporates a "targeting concept" into the rule for determining which court has jurisdiction to hear a dispute. If a vendor specifically targets or solicits a consumer in a particular State, it is assumed that the courts of that State should exercise jurisdiction to hear a dispute relating to the consumer contract. However, Article 4(2) is intended to provide the vendor with the option to limit his or her jurisdictional risk by taking reasonable steps to avoid concluding contracts with consumers that habitually reside in the enacting State. A vendor could therefore reduce uncertainty by targeting only those States in which he or she understands and accepts the legal framework. The targeting concept is intended to avoid the uncertainty associated with subjecting the vendor to the jurisdiction of the courts of any State in which his or her web site is accessible".*

(٣) انظر حكم محكمة الفدرالية الأمريكية :
Cybersell, Inc v. Cybersell, Inc, 130 F. 3d 414, 420 (9th Circuit 1997).

(أ) القانون المقارن:

١. القانون السويسري: نجد أن المشرع السويسري قد نص على ضابط اختصاص محكمة موطن المستهلك في القانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٧م وأفرد له المواد ١١٤و١٢٠ منه، فقد نصت المادة ١١٤ المتعلقة بتحديد العقود التي تنطبق عليها المادة١٢٠"١. أن الدعوى التي يجري تحريكها بواسطة المستهلك يمكن أن تختص بها المحاكم السويسرية بحسب اختياره باعتبارها :

أ- موطن أو محل إقامته.

ب- موطن أو محل الإقامة المعتادة للمورد.

٢. ليس للمستهلك أن يتنازل مقدماً عن اختصاص قاضي موطنه أو محل إقامته"[(١)].

وترتب هذه المادة أمرين: الأول: إنه يحق للمستهلك رفع دعواه تجاه المورد إما أمام محكمة موطنه أو محل إقامته المعتادة. وعليه، فإن الاختصاص القضائي الدولي ينعقد للمحاكم السويسرية بنظر المنازعات الناشئة عن عقود المستهلكين، باعتبارها موطن المستهلك المدعي أياً كان موطن المورد أو محل إقامته. والثاني: إنه لا يجوز للمستهلك التنازل مقدما عن إختصاص محكمة موطنه بإعتبار أنه طرف ضعيف يجب له الحماية، وذلك في الدعاوى التي ترفع عليه من المورد[(٢)]، وهو ما يعد تطبيقاً آمراً لقواعد الاختصاص.

---

(١) وقد جرى نص المادة ١٤ من القانون الدولي الخاص السويسري ١٨ ديسمبر ١٩٨٧م في أحدث تعديلاته ٢٠٠٧م:

Art. 114 "**1** *An action brought by a consumer relating to a contract that complies with Article 120, paragraph 1, may be filed, at the election of the consumer, before the Swiss court:*

a. *At the domicile or, in the absence of domicile, at the place of habitual residence of the consumer; or*

b. *At the domicile or, in the absence of domicile, at the place of habitual residence of the supplier.*

2 *The consumer may not waive in advance the venue at his domicile or place of habitual residence".*

(٢) د. جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، مرجع سابق، ص١١٢.

٢. أما القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر في ١٧ يوليو ٢٠٠٢م[١]، فقد تعرض بشكل مباشر لتنظيم علاقات المستهلكين في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٧، وقبلها قضت المادة ٩٦ من ذات القانون على أن تختص المحاكم البلجيكية بعلاقات المستهلكين التعاقدية التي تبرم في بلجيكا أو تلك الواجب تنفيذها فيها، وجميع الالتزامات الناشئة عن علاقات المستهلكين غير التعاقدية وشبه التعاقدية متى كان الفعل المنشئ للالتزام كله أو جزء منه قد جرى في بلجيكا، فإنها تدخل في نطاق الاختصاص الدولي للمحاكم البلجيكية وفقا للمادة ١/٩٧ إذا توافرت إحدى حالتين:

أ. أن يكون المستهلك قد استوفى الأعمال الضرورية لإبرام العقد وكان له في هذا الوقت محل إقامة معتادة في بلجيكا.

ب. إذا كان المال أو الخدمة قد قدمت أو كان من الواجب تقديمها إلى مستهلك له محل إقامة معتادة في بلجيكا وقت تقديم الطلب إذا كان قد جرى عرض أو إعلان في بلجيكا"، ثم تأتي الفقرة الثالثة من المادة ٩٧ لتؤكد على عدم صحة شرط الاختصاص مالم يكن قد أبرم في وقت لاحق على قيام النزاع[٢].

---

(١) نشر في الجريدة الرسمية في ٢٧ يوليو ٢٠٠٤م ص٥٧٣٤٤، ودخل حيز التنفيذ في ١ أكتوبر ٢٠٠٤م متاح على الرابط التالي:

http://www.dipulb.be

(٢) وقد جرى نص المادة ٩٧ على النحو التالي:

Art. 97. § 1er. *Les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant une obligation visée à l'article 96, introduite par une personne physique qui a agi dans un but étranger à son activité professionnelle, c'est-à-dire le consommateur, contre une partie qui a fourni ou devait fournir un bien ou un service dans le cadre de ses activités professionnelles, outre dans les cas prévus à l'article 96, si :*
1° *le consommateur a accompli en Belgique les actes nécessaires à la conclusion du contrat et avait sa résidence habituelle en Belgique à ce moment; ou*
2° *le bien ou le service a été fourni ou devait l'être à un consommateur qui avait sa résidence habituelle en Belgique au moment de la commande, si celle-ci a été précédée d'une offre ou d'une publicité en Belgique.*
§ 2. *En matière de relation individuelle de travail, l'obligation contractuelle est exécutée en Belgique au sens de l'article 96 lorsque le travailleur accomplit habituellement son travail en Belgique lors du différend.*
§ 3. *Une convention attributive de compétence internationale ne produit ses effets à l'égard du travailleur ou du consommateur que si elle est postérieure à la naissance du différend.*

وعلى ذلك، فإن الاختصاص القضائي بشأن عقود المستهلكين في القانون البلجيكي ينعقد للمحاكم البلجيكية إما لكونها بلد إبرام العقد المقترن بإقامة معتادة للمستهلك أو لكونها بلد التنفيذ المقترن بالإقامة وقت تقديم طلب الشراء أو بناء على الخضوع الاختياري اللاحق على النزاع[(١)]. على أن الشرط السالب لاختصاص محكمة موطن المستهلك يكون باطلاً إذا كان سابقاً على قيام النزاع. أما الاتفاق اللاحق الذي يكون من شأنه أن يقرر حماية أفضل للمستهلك فإنه يكون صحيحاً[(٢)].

٣. القانون الدولي الخاص لإقليم الكيبك الكندي الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٩١م[(٣)]، حيث جاءت نصوص قانون إقليم الكيبك أكثر حزماً ودقة حيث أورد نصوصاً مباشرة تحدد الاختصاص الدولي لمحاكم الإقليم بمنازعات الاستهلاك وذلك في المادة ٣١٤٩ التي تنص على " تختص محاكم الكيبك بأي دعوى تستند إلى عقد الاستهلاك متى كان للمستهلك موطن أو محل إقامة فيها ولا يعتد بتنازل المستهلك عن هذا الاختصاص"[(٤)].

وعلى ذلك فإن محاكم الكيبك هي المختصة بالدعاوى المرفوعة من المستهلك أو عليه ولا يجوز الخروج عن هذه القاعدة وفقا للنص السابق، فيبطل كل اتفاق يسلب محكمة موطن المستهلك اختصاصها سواء كان سابقاً على النزاع أم لاحقاً له.

وهذا ما تؤكده المحكمة العليا في كندا في حكمها الصادر في ٢٠٠٥/٧/٢٢م، حيث استبعدت المحكمة الشرط الوارد في عقد الضمان الذي أبرمه مشترٍ كندي من شركة المانية والذي كان يعطي الاختصاص للمحاكم الالمانية، وقد رأت المحكمة أن نص المادة ٣١٤٩ من القانون المدني لإقليم الكبيك يمثل قيداً على المادة ٣١٤٨ من

---

(١) انظر:
Murill Isabell cahen:**la formation des contrats de commerce electronique**, op.cit, p.9-10.

(٢) د. طرح البحور على حسن فرج: عقود المستهلكين الدولية بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، مرجع سابق، ص٥٦.

(٣) وهو عبارة عن الباب العاشر من القانون المدني لإقليم الكيبك منشور على الرابط:
http://www.avocat.qc.ca/english/index.htm

(٤) وقد ورد نص المادة المذكورة على النحو التالي:
CCQ, Art.“3149.*"A Québec authority also has jurisdiction to hear an action involving a consumer contract or a contract of employment if the consumer or worker has his domicile or residence in Québec; the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him.”* For mor See: Report Of-The Working Group, Uniform Law Conference Of Canada Civil Law Section Jurisdiction And Consumer Protection In Electronic Commerce, August 22-26, 2004, available online: http://www.ulcc.ca/en/poam2/Jurisdiction_CP_Ecommerce_Enf_Judg_Paper_En.pdf.

ذات القانون والتي تطلق حرية الأطراف في مجال العقود الدولية[١]، بمعنى أن اختصاص محاكم الكيبك مطلق.

٤. القانون الدولي الخاص التركي ٢٠٠٧م[٢]، حيث نجد أن هذا القانون يعد من أحدث القوانين فقد جاء مواكباً لأحدث النظريات الفقهية في مجال القانون الدولي الخاص، فقد نظم الاختصاص القضائي الدولي بشأن عقود المستهلكين وذلك بعد أن عرّف المستهلك في المادة ٢٦ منه فقد نصت المادة ٤٥ الفقرة الأولى منه على أن " المنازعات الناشئة عن عقود المستهلكين والمحددة بالمادة ٢٦ ينعقد الاختصاص بشأنها لمحكمة محل الإقامة المعتادة للمستهلك، أو لمحكمة محل أو الإقامة المعتادة للمهني، أو لمحكمة الاتفاق بين الأطراف، بحسب اختيار المستهلك. ثم تعقب الفقرة الثانية ويكون للمحاكم التركية الاختصاص بالنسبة للدعاوى التي ترفع في مواجهة المستهلك من قبل المهني"[٣].

وهنا نلحظ أن الاختصاص في المنازعات التي ترفع في مواجهة المستهلك مقصورٌ فقط على المحاكم التركية ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، بينما وسع الأمر أمام المستهلك في رفع دعواه في مواجهة المهني وجعل أمامه خيارات مختلفة ينتقي منها ما يخدم مصلحته[٤].

---

(١) انظر الحكم الصادر عن المحكمة العليا الكندية:

GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc., [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46, http://www.canlii.org.

(٢) القانون الدولي الخاص التركي نشر في الجريدة الرسمية ٢٨ نوفمبر ٢٠٠٧م العدد ٨٧٢٨، النسخة بالإنجليزية نشرت في الكتاب السنوي للقانون الدولي الخاص المنشور بالتعاون مع المعهد السويسري للقانون المقارن ٢٠٠٧م المجلد التاسع، ص٥٨٣.

(٣) ويجري نص المادة على النحو التالي:

Article 45 (1) *In conflicts arising from contracts defined in article 26, Turkish courts where the domicile or the habitual residence of the consumer, or where the place of business, domicile or habitual residence of the opposing party is situated, shall have jurisdiction, subject to the choice of the consumer.*

(2) The court of habitual residence of the consumer in Turkey shall have jurisdiction regarding suits filed against the consumer pertaining to consumer contracts concluded under the first paragraph.

(٤) انظر:

Gülören Tekinalp: **The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law And International Civil Procedure**, Yearbook of Private International Law, Volume 9 2007, p.321, sellier. European law publishers & Swiss Institute of Comparative Law.

٥. ضابط موطن المستهلك في القضاء الأمريكي:

تتجه المحاكم الأمريكية عند نظرها منازعات تتصل بالإنترنت إلى إخضاع هذه المنازعات إلى ما يمكن تسميته فحص الاختصاص أو الولاية القضائية(١)، ومن ثم فهي تخضع المنازعة لمعايير ثلاثة:

أ. إذا كان المدعى عليه غير مقيم في إقليم الدولة فيكفي أن يبرم بعض التصرفات أو أن يحقق بعض الصفقات في إطار النطاق المكاني أو أن يبرم بعض التصرفات التي تجعله يستفيد من الامتيازات الممنوحة في النطاق المكاني لممارسة النشاط.

ب. أن تكون الادعاءات ناشئة عن نشاط المدعى عليه المتعلق بهذا النطاق .

ت. ممارسة الاختصاص يجب أن يستند إلى أسس معقولة.

وبذلك فقد رفضت محكمة في ولاية إيرزونا دعوى مقدمة من شركة موجودة بها تقدم خدمات الإعلان عبر الانترنت ضد شركة أخرى من فلوريدا تقدم خدمات إنشاء صفحات الانترنت، حيث قررت المحكمة أن نشاط المدعى عليها على الانترنت غير كافٍ لتأسيس الارتباط الكافي، فالمدعى عليها لم تقم بإدارة أي نشاط تجاري عبر الانترنت في ولاية إيرزونا وكل ما هنالك أن الشركة من فلوريدا قامت بتعيين صفحة رئيسية ضرورية على الانترنت تحت اسم **Cybersell** وأن من مقدور أي شخص في العالم أن يدخل إلى هذه الصفحة، وقد وجدت المحكمة أن هذه الحقيقة وحدها غير كافية للقول بأن المدعى عليها متعمدة في توجيه عروض تجارية إلى المستهلكين في ايرزونا(٢) .

نخلص إلى أن المعيار الحاسم في تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الأمريكية هو مدى تحقيق الموقع الالكتروني لروابط اتصال كافية بالنطاق الجغرافي لولاية المحكمة، بمعنى أن يكون الموقع الالكتروني نشطاً يتحقق معه الاختصاص لهذه المحاكم أو أن يكون سلبياً لا يحقق مثل هذا الاختصاص.

---

(١) انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.68.

(٢) القضية الشهيرة: **Cybersell, inc.v. cybersell, inc, 130f. 3d 414 l9th cir, 1997** متوافر على الرابط التالي:

http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1136902.html

ونفس الأمر فقد قضت أحد المحاكم الأمريكية في ولاية نيوجرسي في حكمها الصادر في ١٢ ديسمبر ١٩٩٧م بأن مجرد الإعلان عن طريق الانترنت لا يعد أمراً كافياً في حد ذاته لرفع دعوى على البائع الايطالي أمام المحاكم الأمريكية حيث يوجد موطن المستهلك المدعى[1].

٦. موقف المشرعين اليمني والمصري من ضابط موطن المستهلك

الوضع يختلف في الدول العربية حيث لم نجد نصاً يقنن هذا المعيار في تشريعاتها الوطنية، وهو ما ينطبق على المشرعين اليمني والمصري، ولعل هذا يعكس التخوف من مثل هذا الضابط. وبالتالي، فإن على المستهلك أن يسلك الطرق القضائية وفق القواعد العامة، حيث تختص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد أو المحكمة المتفق اللجوء إليها.

ومن المعلوم أن إعمال مثل هذه القواعد سوف يفرز مشاكل عدة خصوصا في مجال عقود المستهلكين الالكترونية والتي يجب مراعاة الطرف الضعيف فيها وهو المستهلك، فالمتعاقد عبر الشبكة يتعاقد من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة وليس في مقدوره التيقن من انتماء المورد لأي جنسية بل قد لا يعلم موقعه خصوصا وأن الموقع الالكتروني لا يمثل الموقع الجغرافي في ظل تلاشي الحدود، ثم إن تحديد محل إبرام العقد فيه نظر وكذلك التنفيذ خصوصا في عقود الخدمات وكلها أعباء تثقل عاتق المستهلك.

لذلك نهيب بالمشرعين اليمني والمصري التنبه إلى سَنّ ضابط موطن المستهلك وتدارك هذا القصور ولاسيما أن التجارة الالكترونية هي أمرٌ واقعٌ لا مفر من أعبائه إلا بالتنظيم القانوني المتكامل بحيث يتسنى للمتعامل مع الانترنت والوسائط الالكترونية التعامل بسلام. ولذلك فإنه يجب إعادة النظر في قواعد الاختصاص القضائي الدولي وكذلك قواعد الإثبات من أجل حفظ حقوق المتعاملين عبر تلك الشبكة.

كما نهيب بالدول العربية مجتمعةً سرعة التنبه لذلك الأمر والدخول في اتفاقية جماعية تنظم الاختصاص القضائي وفق متغيرات العصر وقواعد تنفيذ تلك الأحكام ليضمن لها الفاعلية حيث إن مثل هذه الاتفاقية سيكون من شأنها تحقيق العديد من الامتيازات أهمها:

١. تسهيل إجراءات الاعتراف والتنفيذ للأحكام والقرارات القضائية المدنية والتجارية الصادرة عن الأطراف الأخرى.

٢. تشجيع التوافق والانسجام والمواءمة بين القواعد المعمول بها في الدول الأعضاء بشأن تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي مما يساعد على الوصول إلى قواعد موحدة.

---

(١) مشار إليه لدى، د. جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، مرجع سابق، ص١١٩.

المطلب الثالث
تقدير دور ضابط موطن المستهلك في حماية المستهلك الالكتروني

رأينا فيما سبق أن المشرع في بعض الدول قد خرج عن القواعد العامة في الاختصاص القضائي الدولي، وكذلك الحال في الاتفاقيات الدولية المنظمة للاختصاص القضائي الدولي، حيث أفردت قواعد خاصة حماية للطرف الضعيف في العقود الدولية وهو المستهلك، وذلك بأن عقد الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك، وذلك في الدعاوى التي ترفع عليه من قبل المورد، وحظر أي اتفاق يخل بهذا الحق مالم يكن لاحقاً على قيام النزاع.

أما الدعاوى التي يرفعها المستهلك في مواجهة المورد فقد أعطى الحق للمستهلك أن يرفع دعواه في مواجهة المورد أو الموزع أمام محكمة موطن الأخير أو أمام محكمة موطن المستهلك وهو في ذلك بالخيار، أو حتى أمام المحكمة التي اتفق على عقد الاختصاص لها بعد قيام النزاع.

أولاً: موقف الفقه من ضابط موطن المستهلك

البعض ينتقد هذا المسلك من تلك التشريعات التي تقنن هذا المعيار وحجته في ذلك أن المواقع المتوافرة على صفحات الانترنت والتي تعرض معلومات عن المنتجات وتقدم عروضاً هي مجرد صفحات تقدم معلومات عامة فقط لا تمثل دعوى إلى التعاقد، وأن المستهلك الالكتروني هو من يسعى ويفتش عبر صفحات الانترنت سعياً في التعاقد. ومن ثم، فإنه يستطيع أن يختار ما يتناسب مع قدراته ويحمي مصلحته، فإذا كان ذلك كذلك فإن تقرير الحماية في هذه الصورة للمستهلك يكون إخلالاً بالتوازن بين أطراف العقد[1].

إلا أن هذا الاعتراض فيه نظر؛ وذلك لأن المشرع بوضعه قواعد حمائية للمستهلك إنما ينظر إليه لكونه طرفاً ضعيفاً يستحق الحماية في مواجهة المورد أو الموزع الذي يحترف الأعمال التجارية. ومن ثم، فلا عبرة عنده كون المستهلك هو من ينقب أو يفتش عن السلعة أو الخدمة. وهذا ما تؤكده محكمة العدل الأوربية في العديد من أحكامها، كحكمها الصادر في ٢٠٠٥م، حيث قضت بأن الهدف من وضع القواعد الحمائية هو بسط الحماية لطرف ضعيف اقتصادياً وفنياً وقانونياً وذلك بالمقارنة بالطرف الآخر[2]، ثم إن هناك أمراً آخر أجدر بالتقدير وهو أن وسائل الإغراء والإبهار، التي يستخدمها المورد أو الموزع، تتعدد

---

(١) انظر في عرض ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة: الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٦٦.

(٢) انظر الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الأوربية في القضية رقم ٧٧/١٥٠ لسنة ١٩٧٨م، والقضية رقم ٩١/٨٩ لسنة ١٩٩٣م، والقضية رقم ٩٥/٢٦٩ لسنة ١٩٩٧م، والقضية رقم ٠١/٤٦٤ لسنة ٢٠٠٥م، والقضية رقم ٠٢/٢٧ لسنة ٢٠٠٥م، متوافرة على الرابط التالي:
http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en.

وتتنوع وذلك من أجل جذب المستهلك بل وجعله كأنه لا إرادة له من شدة الإبهار بتلك السلع والخدمات، فيتعاقد وهو لا يعلم بعواقب فعله إلا فيما بعد[١].

ثم إن سعي المستهلك إلى موطن المورد فيه إجهادٌ له وذلك لما يتحمله من نفقات وانتقال وغيرها من الأعباء التي تقْعِدَهُ عن المطالبة بحقه ولاسيما في تلك العقود التي قيمتها قليلة، وهو ما يعبر عنه البعض بإنكار العدالة[٢].

كما ينتقد البعض ذلك بقوله إن عقد الاختصاص وفقاً لهذا الضابط- أي ضابط موطن المستهلك- والذي أكده التوجيه الأوربي ٢٠٠١/٤٤ بشأن الاختصاص القضائي يجعل البائعين عبر الانترنت معرضين لخطر التقاضي أمام محاكم جميع دول العالم حيث إن هذه المواقع التي تقوم بالبيع مفتوحة على العالم ويستطيع أن يتعاقد عبرها أي شخص من أي مكان في العالم[٣]، وتكون الخطورة أكثر على تلك المشروعات الصغيرة والتي سوف تتكبد تكاليف الانتقال إلى موطن المستهلك للتقاضي أمامها[٤].

ويرد عليه بأن كل من ينشئ موقع على الانترنت لممارسة نشاط بيع السلع والخدمات يعلم مقدماً أن بإمكان أي شخص على وجه الأرض أن يتلقى إعلاناته ويتعاقد على هذا الأساس. ومن ثم، فإن عليه أن يتحمل مخاطر عبء التقاضي أمام جميع الدول التي يباشر فيها نشاطه باعتبار أن نشاطه مفتوح للكافة[٥]، ولتجنب التعرض لاختصاص محكمة موطن المستهلك أمام محاكم جميع الدول، فإنه يقع عليه عبء إثبات أنه لم يقم بتوجيه نشاطه نحو تلك الدولة وأنه قد عمل كل مايلزم من أجل عدم التعاقد مع المستهلكين الذين يقعون في نطاق تلك الدول إذ إن توجيهه لنشاطه التجاري نحو دولة المستهلك وتعاقد المستهلك بناءً عليه أمرٌ مفترض[٦]، وهو ما أكدته المادة الرابعة من مشروع القانون النموذجي بشأن الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق في عقود

---

(١) د. جمال محمود الكردي: مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، مرجع سابق، ص١٢٩.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون والانترنت فراق أم تلاق، مرجع سابق، ص٦٧.

(٣) انظر:
Lorna E Gillies: **A Review of the New Jurisdiction Rules for Electronic Consumer Contracts within the European Union**, op. cit.p.17.

(٤) قارن في ذلك:
Poyton (D.A.) : **Electronic Contracts**: op. cit., p.58.

(٥) قارن عند:
Youseph Farah: **Jurisdictional rules applicable to electronic consumer contracts**, op. cit. p.8.

(٦) انظر:
Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.78.

المستهلكين بين رابطة الدول الأمريكية ٢٠٠٨م. ثم ان الغرم بالغنم فهو يحقق مكاسب من ممارسته النشاط التجاري عبر الشبكة والذي جعل المستهلك من تلك الدول يتعاقد معه. وبالتالي، فإن من الطبيعي أن يتحمل أعباء التقاضي في بلد المستهلك مقابل ما حققه من مكاسب[١].

أما بالنسبة للمشروعات الصغيرة فإنه بإمكانها أن تقوم بقصر عرضها على مناطق معينة أو أن تعمل على منع إبرام العقود المبرمة مع المستهلكين من ولاية قضائية محددة بحسب قدراتها وإمكانياتها وتعلن ذلك مسبقاً[٢] وهو ما يطلق عليه **Jurisdictional Avoidance or Ring-fence Mechanisms**، وذلك بشتى الوسائل القانونية والفنية التي تجنبها ذلك، فأما القانونية: كأن تطلب من المستهلك تقديم جملة من البيانات التي تستوضح من خلالها موقعه الجغرافي حتى تتجنب ذلك أو أن تضع بنوداً واضحة على الصفحة الرئيسة للموقع تحدد نطاق تعاملها، أما الوسائل الفنية والتقنية: فهي متعددة ومتطورة يوما بعد يوم، كالاعتماد على البرامج التي تمكن صاحب الموقع من اكتشاف موقع المشتري وبالتالي عدم المتابعة معه، أو تلك البرامج التي تحظر دخول المستهلكين من مناطق جغرافية معينة، وغيرها، كما أن بإمكانها اعتماد المواقع غير التفاعلية التي تسمح له بالإعلان فقط دون التعاقد مع هذه المواقع.

فلو أن إنجليزياً ذهب إلى استراليا في إجازة أسبوعية، وخلال تواجده هناك أبرم عقداً مع شركة فرنسية عبر موقع الانترنت لشراء كاميرا رقمية واتفق الطرفان على أن يتم تسليم الكاميرا في مقر إقامة النزيل الانجليزي حيث ينزل في الفندق، وبعد عودته إلى إنجلترا تبين أن الكاميرا بها عيوب، فهل لهذا الانجليزي أن يرفع دعواه على الشركة الفرنسية أمام محكمة موطنه (انجلترا)؟.

إذا أمعنا النظر فإن العقد قد تم عبر موقع الشركة الالكتروني، وهنا الموقع من المواقع التفاعلية التي تسمح بإبرام العقود من خلالها، ومن ثم يبقى أن نبحث مسألة القصر فإذا كانت الشركة تطلق نشاطها دون قيد ليشمل بذلك انجلترا فإن للمحاكم الإنجليزية اختصاصاً في الدعاوى التي ترفع من المستهلك على هذه الشركة بكونها محكمة موطن المستهلك، أما لو كان الموقع يحظر التعاقد مع المستهلكين من انجلترا فإنه ليس للمستهلك حق اللجوء الى المحاكم الإنجليزية بكونها محكمة موطنه.

---

(١) للمزيد انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.53.

(٢) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان:الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٣٦.

وعلى كل فإن استظهار هذه العلاقة وتقدير ما إذا كان العرض المقدم هو دعوى إلى التعاقد أم إيجاب موجه إلى الكافة مسألة من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع(١)، دون رقابة عليه من محكمة النقض(٢)، على أن يراعى التحفظات التي يضعها المورد على تلك العروض كعدم التزامه بعد نفاذ الكمية مثلاً(٣).

على أن البعض قد أبدى ملاحظة تتعلق بالاتفاقيات الأوربية، وهو أن الاتفاقية المبرمة بين دول الاتحاد الأوربي التي تنظم مثل هذه القواعد تكون محصورة بين دول الاتحاد ومن ثم فلا يمكن أن تطبق على دول خارج الاتحاد، وهنا ينادي جانب من الفقه إلى ضرورة وجود اتفاقية دولية عامة لحماية المستهلكين عبر الانترنت ولا تكون محصورة بنطاق جغرافي معين(٤).

ثانياً: رأي الباحث

يذهب الباحث إلى أن ضابط موطن المستهلك يحقق الكثير من الامتيازات الحقيقية والمهمة للمستهلك الالكتروني، حيث إنه من خلال هذا الضابط يستطيع المشرع حماية مواطنيه والمقيمين على إقليم دولته من جشع الموردين وطرقهم الملتوية التي تجعل من المستهلك لقمةً سائغةً لهم، حيث أن مثل هكذا ضابط يجنب المستهلك من مخاطر الذهاب إلى محل إقامة المدعى عليه(المهني) وتحميله أعباء التقاضي أمام تلك المحاكم، فعند وجود مثل هذا الاختصاص يجعل المورد يسلك كل السبل التي من شأنها أن لا تعرضه للمقاضاة أمام محاكم الدول التي يمتد إليها نشاطه، والحقيقة أن واقعنا العربي يدل على ذلك بوضوح، حيث تنخفض الحماية الممنوحة للمستهلك إن لم تنعدم في بعض الأحيان، وأن وجود أحكام القانون ما هي إلا عبء على المستهلك إذ لا يستطيع تطبيقها في سبيل حمايته.

---

(١) وهو مانتهت اليه أحد محاكم انجلترا وولز في القضية المعروفة بأسم:

In Andrew Piers Courtauld Rayner v. Richerd Davies [2002] 1 All ER (Comm) 620; [2002] WL 340242 (QBD), *"Whether a website is soliciting business or directed toward consumers in a particular State will be a question of fact for the courts and will depend upon the activities of both parties"*. See that at: Poyton (D.A.) **: Electronic Contracts**: Op. Cit., p67.

(٢) الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٢٠٠١م حقوق، محكمة تمييز دبي، جلسة ٢٠٠١/١١/١٨م، مجموعة الأحكام العدد ١٢، ص٨٦٧.

(٣) د. إبراهيم عبيد على آل علي: العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠١٠م، ص٤٧٨.

(٤) انظر:

LORNA E. GILLIES: **Electronic Commerce and International Private Law A Study of Electronic Consumer Contracts**, op.cit, p.40.

على أن الانتقادات التي وجهت لهذا الضابط ما زادته إلا وضوحاً وترسيخاً إذ إن المستهلك هو الأجدر بالحماية والأحق في أن ينظر إلى كيفية مساعدته للوصول إلى حقه، على أننا نرى أنه لا يكون هذا الاختصاص إلزامياً، بحيث لا يجوز الخروج عليه، وإنما يصبح اختصاصاً تخييرياً للمستهلك يمثل الحد الأدنى من الحماية المقررة له بجانب قواعد الاختصاص العامة، كاختصاص محكمة موطن البائع والمحكمة المتفق على اللجوء إليها.

وبذلك فإن الدعاوى التي يرفعها المستهلك في مواجهة المهني، يكون المستهلك فيها بالخيار في أن يرفع دعواه وفق القواعد التقليدية في مجال الاختصاص القضائي أو وفق القواعد الخاصة بحماية المستهلك المتمثلة بمحكمة موطنه أو محل إقامته المعتادة، على أن تلك الدعاوى التي يرفعها المهني في مواجهة المستهلك يكون الاختصاص بشأنها لمحاكم موطن الأخير أو محل إقامته المعتادة.

وختاماً فإن الباحث يحث المشرع العربي بصفة عامة واليمني والمصري على وجه الخصوص، بتقنين ضابط موطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة، حتى يتمكن المستهلك العربي من المطالبة بحقة وتفعيل تلك الحقوق التي منحها المشرع له في قوانين حماية المستهلك، خصوصاً وأن البلدان العربية أصبحت تمثل سوقاً مفتوحا للمنتجين والموزعين الأجانب، الذين يتنافسون على جذب المستهلكين إليهم، خصوصاً وأن هناك سابقة في ذلك حيث قصر المشرع الاختصاص للمحاكم المصرية في الدعاوى المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا وذلك في المادة ١/٨٧ من القانون التجاري المصري.

وفي ذلك يقترح الباحث أن يكون النص على النحو التالي: " في المنازعات المتعلقة بعقد أبرم من قبل شخص(المستهلك)، لغرض يعتبر خارج نطاق تجارته أو مهنته مع شخص(المهني) استهدف بنشاطه التجاري محل إقامة المستهلك، ينعقد الاختصاص بشأنها دون المساس بالأحكام العامة في الاختصاص القضائي الدولي:

١. لمحاكم الجمهورية باعتبارها محكمة محل إقامة المستهلك، أو محكمة محل إقامة المهني أو مقر عمله، أو المحكمة المتفق على عقد الاختصاص لها، بحسب اختيار المستهلك، في دعواه ضد المهني.

٢. في الدعاوى التي يرفعها المهني في مواجهة المستهلك يكون الاختصاص بشانها لمحاكم الجمهورية.

٣. يجوز الاتفاق على خلاف الأحكام المقررة في الفقرة(١,٢)، وعقد الاختصاص لمحكمة أخرى، بشرط أن يكون هذا الاتفاق لاحقاً على قيام النزاع."

ونعتقد أن من خلال هذا النص يمكن تفعيل قواعد الحماية المقررة للمستهلك الوطني في مواجهة المهني الأجنبي، والذي نقابله في شتى أنواع التعاقد لكون بلداننا من الدول المستوردة، ثم إن هذا النص له من المرونة التي تمكنه من التكيف مع عقود التجارة

الالكترونية التي أصبحت تمثل سوقاً مفتوحاً أمام الجميع. حيث إنه سمح لمحاكم الدولة من تحقيق حماية المستهلك الوطني بكونها إحدى أدوات الدولة في حماية مواطنيها والمقيمين على إقليمها، وفي المقابل ترك الخيار للأطراف في الخروج على ذلك تقديراً لمصلحتهم، واكتفى بشرط أن يكون ذلك الاتفاق بعد قيام النزاع حتى لا نجعل المستهلك تحت رحمة المهني عند تعاقده الذي لم يكن يتوقع أن يكون في مثل هذا الموقف.

ثم إن هذا النص قد اكتفى بفكرة استهداف نشاط المهني لمحل إقامة المستهلك، كشرط لتحريك قواعد الاختصاص وفق هذا الضابط، وهي فكرة مرنة تتسع لتشمل البيوع التي تتم من خلال الانترنت، فهي تعفي المستهلك من أن يثبت أن المهني قد استهدف بنشاطه محل إقامته، وتقلب عبء إثبات ذلك على المهني الذي يتمتع بكافة التقنيات الفنية التي تمكنه من إثبات عكس ذلك، أي أنه قد اتخذ كافة التدابير التي تمنع تعاقده مع مستهلكين من إقليم هذه الدولة.

وعلى ذلك فإن هذا النص قد راعى الضوابط التي يضعها المشرع لحماية المستهلك وأعطى فرصة لتفعيلها وتطبيقها بشكل ملموس، ثم إنه راعى جانب الدولة برغبتها في حماية من يقيمون على إقليمها، وراعى الأطراف بإعطائهم حق الاتفاق على الخروج عن هذه القاعدة بشرط أن يكون الاتفاق لاحقاً على قيام النزاع، وهذه النقطة حساسة جداً في مجال العقود الالكترونية، حيث يمكن للأطراف أن يتفقوا من خلال هذا النص على إحالة منازعتهم إلى مركز من مراكز التحكيم الالكتروني، لما قد يرونه من أن القضاء الوطني قد يعيق وصولهم إلى المطالبة بحقهم، وذلك لما يتمتع به التحكيم الالكتروني من مزايا. وهو ما سوف نبحثه في الفصل التالي:

الفصل الثاني

حماية المستهلك الالكتروني من خلال التحكيم الالكتروني

المبحث الأول

ماهية التحكيم الالكتروني

المبحث الثاني

التحكيم الالكتروني كآلية لحماية المستهلك الالكتروني

الفصل الثاني
حماية المستهلك الالكتروني من خلال التحكيم الالكتروني

تمهيد وتقسيم:

إن الصعوبات التي تعيق تطبيق قواعد الاختصاص القضائي في منازعات التجارة الالكترونية خصوصاً منازعات عقود المستهلكين الالكترونية بكونها قواعد وطنية وجدت واستقرت لتحكم معاملات تبرم وتنفذ في العالم المادي، الأمر الذي جعلها عاجزة عن حكم معاملات التجارة الالكترونية في أغلب الاحوال[١] ، ولما كانت عقود المستهلكين الالكترونية هي عقود ذات قيمة محدودة، فإن الإعتماد على قواعد الاختصاص القضائي السابق الإشارة إليها سيكون من شأنه جعل كلفة التقاضي الدولي غير معقولة وهو ما يفرز نتائج سلبية غير مقبولة[٢]، ولعل أولى تلك النتائج أنه سوف يؤدي إلى إحجام المستهلك عن المطالبة بحقه حتى ولو كان ذلك أمام محكمة موطنه[٣]، ثانيها: إحجام المشروعات الصغيرة والمتوسطة الحجم عن المشاركة في التجارة الالكترونية والتفاعل معها، ثالثها: إن ارتفاع كلفة التقاضي ليس معقولة بالنسبة لتلك العقود قليلة القيمة.

ونتيجةً لذلك، اتجهت العديد من التشريعات إلى وضع قواعد خاصة لحكم معاملات التجارة الالكترونية[٤]. إلا أن الضرورة الملحة لا تقتصر على القواعد الموضوعية التي تحكم

---

(١) للمزيد انظر أستاذنا الدكتور. عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص٢٩.

(٢) للمزيد انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.149.

(٣) قارن في ذلك عند:
Poyton (D.A.) : **Electronic Contracts**: op. cit., p.86 ,*"The fears of being brought before a foreign tribunal are overstated. Most consumer contracts are of low transactional value, making court action an uneconomical and unlikely occurrence. The fact that a consumer has the legal right to take action in his home State may do nothing more than to promote the efficient handling of consumer complaints by suppliers. If a dispute does go beyond the amicable negotiation stage then the threat of legal action in a foreign court may promote the participation in Alternative Dispute Resolution (ADR) schemes by supplier. ADR, particularly by electronic means, is a far more appropriate method of resolving disputes relating to electronic commerce".*

(٤) ولعل من أبرز التشريعات العربية في مجال التجارة الالكترونية هو قانون المبادلات الالكترونية التونسي رقم ٨٣ الصادر في ٢٠٠٠م، وقانون المعاملات الالكترونية الإماراتي الاتحادي رقم١ الصادر في ٢٠٠٦م، وقانون المعاملات الالكترونية لإمارة دبي رقم ٢ الصادر في ٢٠٠٢م، وقانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م،
«

التعامل الالكتروني تفاوضاً وإبراماً وتنفيذاً بل امتدت لتشمل القواعد الإجرائية التي تحفظ لأطراف التعامل الالكتروني حقوقهم الناشئة عن هذا التعامل وتضمن ردها لهم عند وقوع الاعتداء عليها[١].

فمع اتساع استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في انجاز الأعمال القانونية وإبرام العقود وتنفيذها من خلالها، اتسعت رقعة المنازعات الناشئة عن تلك العقود، ومع اللجوء إلى وسائل تسوية المنازعات التقليدية في الاختصاص القضائي الدولي أو حتى تسوية منازعات المستهلكين من خلال الضابط الخاص بهم- ضابط موطن المستهلك-، اتضح مدى قصور تلك الوسائل في مواكبة وسائل الاتصال الحديثة وأهمها الانترنت لما تتضمنه من رتابة الإجراءات والتنفيذ.

ويعد مرفق القضاء من المرافق المهمة والأساسية في المجتمع. ومن ثم، فهو أساس من أسس التنمية المجتمعية، فيجب أن يكون مواكباً لتطور المجتمع ومسايراً لنشاطاته المختلفة بل إن البعض يسمي هذه المرحلة بصناعة القضاء[٢]، حيث أصبح يمثل محوراً من المحاور التي يجري عليه التطوير والتحديث ليواكب حجم مشكلات العصر الحديث.

فنجد أن المحاكم في العديد من الدول الأوربية والغربية تتيح من خلال مواقعها الالكترونية على صفحات الانترنت مكنة إجراءات رفع الدعوى القضائية دون الحضور المادي للأطراف وذلك من أي مكان في العالم وفي أي وقت من الأوقات، وذلك تسهيلاً وتحقيقاً لمواكبة السرعة، كما هو الشأن في انكلترا وولز حيث يمكن اللجوء الى القضاء الالكتروني من خلال moneyclaim[٣]. وهو كذلك في المحكمة الاتحادية الاسترالية من خلال برنامج fedcourt[٤]. وقد بدأت بعض الدول العربية تنفذ مثل تلك الإجراءات كمحاكم إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة[٥]، ونتيجة لذلك ذهب الكثير من الفقه إلى المناداة بإيجاد وسائل لتسوية تلك المنازعات تنسجم مع الوسيلة المستخدمة في ابرام التعاقد ذاته.

«

ومشروع قانون التجارة الالكترونية المصري، والقانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني وغير ذلك من القوانين العربية.

(١) د. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، المؤتمر السنوي السادس عشر مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨م، ص٩٧٤.

(٢) انظر في ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص١١.

(٣) متاح من خلال الرابط التالي: https://www.moneyclaim.gov.uk/web/mcol/welcome

(٤) متاح من خلال الرابط التالي: http://www.fedcourt.gov.au/ecourt/ecourt_slide.html

(٥) انظر في ذلك موقع محاكم إمارة دبي على الرابط التالي: http://www.dc.gov.ae/.

فنجد أن التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٠/٣١ بشأن التجارة الالكترونية وخدمات المعلومات قد أولى اهتماماً كبيراً بوسائل التسوية الالكترونية، ووجه الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي بالعمل على ذلك حيث تنص المادة ١/١٧ منه على أن " تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الالكتروني وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات". وفي الفقرتين الثانية والثالثة تشجع الدول الأعضاء مؤسسات التسوية الالكترونية والعمل على تذليل الصعوبات أمامها[١]، وقد كان هذا واضحا في حيثيات التوجيه ذاته وذلك في الفقرة ٥٢ حيث نصت على أنه يتوجب "على جميع الدول الأعضاء دراسة الحاجة الى تبني الإجراءات القضائية عن طريق الوسائل الالكترونية المناسبة".

وهو أيضاً ما تبنته اللجنة الأوربية المختصة بتسوية المنازعات عبر الانترنت حيث وضعت القواعد المنظمة لذلك من خلال:

١. تأسيس شبكة أوربية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط[٢].

٢. وضع المبادئ الواجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الانترنت، وقد كان ذلك من خلال التوصية ٩٨/١٩٨ والتي جرى تعديلها بالتوصية رقم ٢٠٠١/٠١٦١[٣].

---

(١) وقد جرى نص المادة على النحو التالي:

Art. 17 Out-of-court dispute settlement "*1. Member States shall ensure that, in the event of disagreement between an information society service provider and the recipient of the service, their legislation does not hamper the use of out-of-court schemes, available under national law, for dispute settlement, including appropriate electronic means. 2. Member States shall encourage bodies responsible for the out-of-court settlement of, in particular, consumer disputes to operate in a way which provides adequate procedural guarantees for the parties concerned.3. Member States shall encourage bodies responsible for out-of-court dispute settlement to inform the Commission of the significant decisions they take regarding information society services and to transmit any other information on the practices, usages or customs relating to electronic commerce".*

(٢) وقد جرى تأسيس الشبكة الأوربية لحماية المستهلك في عام ٢٠٠٥م للمزيد انظر رابط الشبكة:
http://www.konsument.gov.pl/.
وللمزيد في مهام هذه الشبكة انظر في ذلك وثيقة عمل لجنة التسوية متاحة على الرابط التالي:
http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_workdoc_en.pdf.

(٣) انظر هذه التوصيات متاحة على الرابط التالي:
http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0161:FIN:EN:PDF

وهو ما اتجهت إليه العديد من المنظمات والهيئات المعنية بشؤون التحكيم وفق القواعد التقليدية فنجد أن منظمة الوايبو ومن خلال مركز الوايبو للتحكيم والتوفيق قد طورت نظاماً إجرائياً يتلاءم مع متطلبات التحكيم السريع في منازعات التجارة الالكترونية تحت مسمى: WIPO Expedited Arbitration Rules [(١)]، وقد اتبع نفس القواعد معهد التحكيم لدى غرفة التجارة باستكهولم[(٢)].

وهو أيضاً ما سارت عليه قواعد اليونسترال في توصياتها بشأن استخدام القنوات الالكترونية[(٣)]، وهو نفس النهج الذي أخذ به مجمع لندن المعتمد للمحكمين وذلك وفق البرتوكول الخاص باستخدام تقنيات المعلومات في إدارة عمليات التحكيم[(٤)].

ولما كان حجم المبادلات عبر الانترنت قد بلغ أرقاماً قياسية في الآونة الأخيرة حيث تشير التقديرات إلى أن ربع العالم يتعامل مع الانترنت[(٥)] فقد أضحى من المؤكد أن حجم المنازعات الناشئة عن هذا التعامل ستكون بمعدلات عالية جداً خصوصاً في ظل سهولة التعاقد عبر الانترنت وحجم الممارسات الدعائية التي قد تؤثر على إرادة المتعاقدين، كما أن افتراض دولية العلاقة قائم في أغلب الأحوال، وهذا من شأنه أن يثير مسائل الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق.

ويعد هذا كله إفرازاً من إفرازات العولمة التي أدت إلى انتشار الوسائل الالكترونية التي تحقق السرعة في التعاقد وكسر الحواجز الجغرافية للدول واعتبار العالم قرية كونية واحدة، وأخيراً تفرز العولمة وسائل جديدة للتقاضي وتسوية المنازعات الناشئة عن تلك الوسائل بل وتستفيد من السرعة التي تتمتع بها تلك الوسائل وإمكاناتها الهائلة التي تختصر المسافات والزمن للوصول إلى الحل المناسب[(٦)].

---

(١) انظر قواعد الوايبو للتحكيم السريع على الرابط التالي:
http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/.

(٢) للمزيد انظر موقع المعهد على الرابط التالي: http://www.sccinstitute.com/

(٣) انظر في ذلك تقرير لجنة الأمم المتحدة اليونسترال بشأن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر في إطار معاملات التجارة الالكترونية عبر الحدود الدورة الثانية والعشرون فينا ٢٠١٠م متاحة على الرابط التالي:
http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/574/08/PDF/V1057408.pdf.

(٤) انظر في ذلك موقع المركز على الرابط التالي: http://www.lcia.org/Default.aspx .

(٥) انظر التقارير التي يصدرها الاتحاد الدولي للاتصالات ٢٠١٠م متاحة على الرابط التالي:
http://www.itu.int/ITU-D/ict/index.html.

(٦) للمزيد انظر:
Lorna e. gillies: **Adapting international private law rules for electronic consumer contracts**,published at, International Perspectives on Consumers' Access to Justice, Cambridge University Press 2003, p.359, Julia Hörnle: **online dispute resolution- the emperor's new clothes**: op. cit, p.1.

فقد أتاحت شبكة الانترنت للمتعاملين من خلالها اتخاذ إجراءات تسوية منازعاتهم على الخط مباشرة online دون حاجة إلى التواجد المادي للأطراف مما يعني تطوير نظام قانوني ملائم وموازٍ يحكم هذه العملية التي تأبى التركيز المكاني ومن ثم تأبى الخضوع للقواعد التقليدية للاختصاص القضائي[١].

وقد كان من أبرز وسائل التسوية الحديثة ODR[٢] التي تعمل على حسم منازعات التجارة الالكترونية في العالم الالكتروني هو التحكيم الالكتروني الذي اصطلح على تسميته online arbitration[٣] حيث يفضل المتعاملون عبر الانترنت أن تتم تسوية منازعاتهم الناشئة عن هذه العقود من خلال نفس الوسائط، لما تحققه لهم من سرعة في الإجراءات وتخفيض في التكاليف[٤].

غير أن التحكيم الالكتروني Online مثله مثل التحكيم التقليدي Offline فقد قوبل بالكثير من الاعتراضات وخصوصا في عقود المستهلكين، وهو ما يتحتم علينا تقسيم الدراسة في هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية التحكيم الالكتروني.

المبحث الثاني: التحكيم الالكتروني كآلية لحماية المستهلك الالكتروني.

---

(١) د. أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٨.

(٢) حيث تسمى هذه الوسائل بوسائل التسوية على الخط Online Dispute Resolution(ODR) وهو ما يخلط البعض بينها وبين الوسائل البديلة لتسوية المنازعات Alternative Dispute Resolution(ADR) فالاثنان يشتركان في كونهما يجريان خارج إطار المحاكم الوطنية وبطريقة تكفل السرعة، كما أنهما يعتمدان على نفس الآليات كالتحكيم والوساطة والمفاوضة، إلا أن معيار التفرقة يكمن في أن وسائل التسوية الالكترونية ODR تجري عبر الانترنت Online ولا تشترط الحضور المادي للأطراف، بينما وسائل التسوية البديلة ADR تشترط الحضور المادي للأطراف فهي تجري خارج الخط Offline، كما تتميز وسائل التسوية عبر الانترنت ومنها التحكيم الالكتروني Online Arbitration عن نظم إدارة المنازعات الالكترونية كنظام Net-Case والذي تستخدمه غرفة التجارة الدولية بباريس ICC حيث يجري استخدام الشبكة فيها كوسيط مساعد فقط في إدارة النزاع على أن تكون الجلسات بحضور مادي للأطراف، للمزيد في التفرقة بين الآليتين انظر: د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٥٢.

(٣) وتعد هذه التسمية هي الأصوب من وجهة نظر الباحث من بين العديد من التسميات المختلفة حيث يطلق عليه البعض Electronic Arbitration والآخر Cyber arbitration والبعض space Arbitration Cyber، و Cyberation، و Arbitration Virtual.

(٤) د. عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٢٩.

المبحث الأول
ماهية التحكيم الالكتروني

تمهيـد وتقسيـم:

أضحى التحكيم الالكتروني أمراً واقعاً بالرغم مما قد يواجهه من صعوبات، فهو وسيلة معترف بها لتسوية المنازعات الالكترونية وذلك منذ مطلع عام ١٩٩٦م(١)، حيث بدأ نظام حل المنازعات الكترونياً باستخدام البريد الالكتروني E-mail أو من خلال الموقع الالكتروني Website أو من خلال الفيديو كون فرنس Videoconference وهو ما يعبر عنه انتقال حل المنازعات من خلال الوسائل البديلة ADR إلى طريقة أحدث وأسرع وهي حلها من خلال وسائل التسوية الالكترونيةODR(٢).

وبذلك فإن مفهوم التحكيم الالكتروني لا يخرج في مضمونه العام عن التحكيم التقليدي " فهو نظام خاص للتقاضي ينشأ من اتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي"(٣).

إلا أن التحكيم الالكتروني يختلف عن التحكيم التقليدي، فهو لا يشترط التواجد المادي للأطراف ويجري نقل البيانات والوثائق الكترونياً مما يحقق سرعة الفصل في المنازعات، إلا أن التحكيم على هذا النحو سوف يطرح العديد من المشاكل القانونية والتي قد تثار حوله فتعطي مزيداً من الغموض خصوصا في ظل التشريعات التي لم يلحقها التطور، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم الالكتروني وخصائصه.
المطلب الثاني: تذليل الصعوبات أمام التحكيم الالكتروني.
المطلب الثالث: آلية التحكيم الالكتروني.

---

(١) في تاريخ التحكيم الالكتروني انظر: د. عماد الدين المحمد: طبيعة وانماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، والذي نظمته كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات في الفترة ٢٨-٣٠ ٢٠٠٨م، ص١٠٣٩.

(٢) فقد اتجهت بعض الجمعيات والمنظمات الدولية إلى تطوير نظام للتقاضي الافتراضي والذي يطلق عليه Virtual Magistrate والذي يعد جزءاً من منظومة المحكمة الافتراضية Cyber Tribunal والتي تقدم خدمات المفاوضات والوساطة والتحكيم الالكتروني، ويهدف نظام المحكمة الفضائية إلى وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الالكترونية، وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الالكترونية، وبثاً للثقة في هذا النظام تصدر المحكمة الفضائية شهادات مصادقة على المواقع اللاالكترونية التي تفيد بإلتزام اصحاب تلك المواقع بتسوية منازعاتهم مع المتعاملين معهم وفق قواعد المحكمة مما يزيد من ثقة المتعاملين مع تلك المواقع، للمزيد انظر:
Julia Hörnle: **online dispute resolution- the emperor's new clothes?**, op.cit, p.1.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي، عمان، ٢٠٠٤م، ص٤٤.

المطلب الأول
مفهوم التحكيم الالكتروني ومزاياه

تستخدم شبكة الانترنت في العديد من الأعمال المختلفة، فمن خلالها تبرم العقود سواءً كانت بين طرفين من التجار B2B أو بين طرف مهني وطرف غير مهني(المستهلك) B2C -وهي محل الدراسة-، وهناك أعمال تولد التزامات غير تعاقدية جميعها قد تنشأ عنها منازعات يمكن عرضها على التحكيم الالكتروني Online Arbitration حيث يمثل التحكيم الالكتروني وسيلة سهلة وسريعة لحل المنازعات.

ومن هنا تبرز ضرورة وضع تعريف للتحكيم الالكتروني بحيث يمكن تمييزه عن ما يختلط به من وسائل التسوية الأخرى ثم عرض أبرز المزايا التي يتمتع بها هذا النوع من وسائل حل المنازعات وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف التحكيم الالكتروني[1]:

يعرف المشرع التحكيم بصفة عامة بأنه " اختيار الطرفين برضائهما شخصا آخر أو أكثر للحكم بينهما، دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات"[2].

ويعرفه الفقه بأنه " آلية من آليات حل المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الداخلية أو الدولية والتي بواسطتها يتفق طرفان أو أكثر، قبل أو بعد نشوب النزاع، على إخضاع منازعاتهم لأشخاص يتم تعيينهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ويفصلون في النزاع بحكم تحكيمي عادة ما يكون ملزماً للطرفين"[3].

---

(١) وترجع تسمية التحكيم الالكتروني استناداً إلى الوسائل التي يجري من خلالها، وإن كان البعض يرى وبحق، أن تسمية التحكيم الالكتروني لا تنطبق إلا متى كانت المنازعات ناشئة عن عقود الكترونية واتبعت إجراءات التحكيم كاملة بالوسائل الالكترونية، انظر: د. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٩٧٧.

(٢) المادة الثانية من قانون التحكيم اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢م والمعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧م نشر في الجريدة الرسمية العدد ٧ج٣ لسنة ١٩٩٧م.ويقابلها المادة ١/١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م.

(٣) د. سامي عبد الباقي أبو صالح: التحكيم التجاري الالكتروني، بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد٢٤ أكتوبر ٢٠٠٦م، ص٥٤.

يتبين من التعريف أن التحكيم وسيلة من الوسائل البديلة (التقليدية) لحل المنازعات الناشئة عن تلك العلاقات التي قام بها الأطراف في العلاقات الدولية أو حتى المحلية الداخلية التي تجري بين أطراف وطنية، والمحرك الرئيس في ذلك هو إرادة الأطراف وقبولهم اللجوء إلى التحكيم بدلا من المحكمة المختصة[١].

إلا أن الملاحظ أن هذا النوع من التحكيم يظل في الإطار التقليدي والذي لا يتناسب مع تلك العقود والتصرفات التي يجري إبرامها بطريقة الكترونية، من هنا برزت الحاجة الملحة إلى البحث عن وسيلة أو آلية لحل المنازعات الناشئة عن التصرفات بما يتناسب مع أوضاع ووسائل التكنولوجيا الحديثة فبرز دور التحكيم الالكتروني[٢].

ويعرف التحكيم الالكتروني بأنه " نظام بمقتضاه يتفق الأطراف على تولي شخص خاص أو أكثر مهمة الفصل في النزاع بحكم ملزم باستخدام شبكة الانترنت"[٣].

فالتحكيم الالكتروني في هذه الصورة يعد من الوسائل البديلة لحل المنازعات كالتفاوض والتوفيق والوساطة ويعد أفضلها وأقواها لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية التي تكون في أغلبها عقود استهلاك، ويتفق التحكيم الالكتروني بصفة عامة مع التحكيم التقليدي[٤]، في أن كليهما يستند على أساس واحد وهو اتفاق الأطراف، ويتم من خلالهما إسناد النزاع إلى محكم يستمد سلطته من هذا الاتفاق، ويصدر حكماً يختلف في مدى قوته الإلزامية بحسب ما جاء في اتفاق التحكيم، سواءً كان شرط Arbitration Clause أو مشارطه تحكيم Submission Clause[٥].

هذا وقد ثار خلاف بين الفقه بشأن التمييز بين التحكيم التقليدي والتحكيم الالكتروني فهل يكفي للقول بأن التحكيم يكون الكترونياً مجرد استخدام الوسائل الالكترونية في إدارة النزاع كنظام Net Case الذي تستخدمه غرفة التجارة الدولية بباريس ICC[٦]، أم لابد وأن يكون التحكيم قد جرى بأكمله باستخدام الوسائل الالكترونية ابتداءً بطلب التحكيم وانتهاءً بصدور الحكم التحكيمي؟.

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٦٢ تجاري في الدعوى رقم ١١٦ لسنة ١٢٣ق تحكيم جلسة ١٠ مايو ٢٠٠٧م، مشار إليه لدى د. عبد المنعم زمزم: التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٥٢.

(٢) د. مصلح أحمد الطراونة، د. نور حمد الحجايا: التحكيم الالكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق البحرين، العدد الأول المجلد ٢، ٢٠٠٥، ص٢٢٢.

(٣) استاذنا الدكتور: عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٥٣.

(٤) د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٨م، ص٧٣١.

(٥) د. سامي عبد الباقي أبو صالح: التحكيم التجاري الالكتروني، مرجع سابق، ص٥٦.

(٦) وهو اختصار للمصطلح الانجليزي The International Chamber of Commerce.

ذهب البعض في معرض الإجابة عن هذا التساؤل[١]، إلى القول بأن التحكيم يعد الكترونياً سواءً جرى بأكمله عبر الوسائل الالكترونية أو اقتصر استخدامها في بعض مراحله فقط، بينما يرى آخرون[٢]، أن التحكيم لا يعد الكترونياً إلا إذا جرى بأكمله عبر الوسائط الالكترونية، ابتداءً باتفاق التحكيم مروراً بإجراءات التحكيم التي لا يتقابل الطرفان مادياً في جلساتها، وانتهاءً بصدور حكم التحكيم الكترونياً، وهو ما يرجحه الباحث، إذ كيف نقول بأن التحكيم الكتروني لمجرد استخدام الوسيلة فذلك أمرٌ غير مقبول، ثم كيف نقبل ذلك على التحكيم ولا نقبله على القضاء الذي بات يستخدم الوسائل الالكترونية في مراحله المختلفة والتي أصبحت لا غنى عنها في الحياة اليومية ولم يقل واحد أن هذا القضاء الكتروني.

فضلاً عما تقدم، فإن أغلب إن لم يكن كل مؤسسات التحكيم في العالم أضحت تستخدم وسائل التقنية الحديثة في الكثير من أعمالها للاستفادة من المميزات التي تقدمها تلك الوسائل كالسرعة وسهولة الوصول إليها في أي وقت ومن أي مكان، ومع ذلك فإنها تمثل تحكيم تقليدي وليس تحكيماً الكترونياً[٣].

التعريف المقترح: يمكن للباحث تعريف التحكيم الالكتروني بأنه " عبارة عن نظام قضائي خاص يتفق بموجبه أطراف النزاع فيما بينهم على عرض المنازعات التي تنشأ عن العقود التي أبرموها بالوسائل الالكترونية على طرف ثالث، مقدم خدمات التسوية الالكترونية عبر الخط[٤]، لتسوية النزاع باستخدام تقنيات الاتصال عبر الشبكة ووفقاً لقواعد تنظيمية ملائمة، دون الحضور المادي لأطراف النزاع، وذلك بغية إصدار حكم ملزم للأطراف أو لأحدهما على الأقل"

---

(١) د. بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ٤٨، ٢٠٠٦م، ص٩٢، د. سامي عبد الباقي أبو صالح: التحكيم التجاري الالكتروني، مرجع سابق، ص٥٧، د. عماد الدين المحمد: طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، مرجع سابق، ص١٠٣٦.

(٢) د. مصلح أحمد الطراونة، د. نور حمد الحجايا: التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٢٠٧، د. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، ص٩٧٧، د. صلاح على حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٢٦٣.

(٣) ونضرب مثالاً لذلك بجمعية التحكيم الأمريكية، متاح من خلال الرابط التالي: http://www.adr.org، ومحكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية، والتي تستخدم نظام Net Case في تواصل الأطراف فيما بينهم، متاح من خلال الرابط التالي: http://www.iccwbo.org

(٤) كمركز التحكيم الالكتروني Cyber Tribunal التابع لجامعة مونتريال بكندا، على الرابط:
http://www.cybertribunal.org/index.en.html
وكذلك مركز Virtual Magistrate في الولايات المتحدة الأمريكية، على الرابط:
http://vmag.law.vill.edu:8080/
وجمعية التحكيم الأمريكية AAA Online Arbitration Supplementary Procedures، على الرابط:

http://www.adr.org/drs.

ومثل هذا التعريف- بحسب ما يراه الباحث- قد وضع اليد على عناصر التحكيم الالكتروني والتي يمكن إيجازها على النحو التالي:

١. التحكيم الالكتروني نظام قضائي خاص، يتم اللجوء إليه باتفاق أطراف النزاع، وتعد إرادة الأطراف هي المحرك الأساسي له مثله مثل التحكيم التقليدي.

٢. خصوصية التحكيم الالكتروني في مرحلة إبرام اتفاق التحكيم، حيث يجري تقديم الطلب والرد عليه بشكل الكتروني وكذلك الاتصال بين أطراف النزاع والهيئات التي تقدم خدمات التحكيم الالكتروني، وذلك من خلال البريد الالكتروني أو من خلال موقع الويب الخاص بالقضية بعد تسلم الشفرات الخاصة التي يقدمها مركز التسوية للأطراف، أو من خلال الفيديو كونفرنس، بذلك تتحقق السرعة والمصداقية للتحكيم الالكتروني[١].

٣. تدار جلسات الفصل في النزاع وسماع الشهود والخبراء دون الحضور المادي للأطراف وذلك عبر الوسائل الالكترونية، ويستمر الأمر كذلك حتى صدور الحكم وتنفيذه في أغلب الأحوال مما يساعد على ازدهار التجارة الالكترونية وتطورها[٢].

٤. غالباً ما يجري التحكيم الالكتروني في منازعات متعلقة بعقود الكترونية، لكونه يتلاءم مع طبيعة تلك العقود التي تتم عبر الانترنت والتي غالباً ما تكون منخفضة القيمة، فتكاليف التحكيم الالكتروني تراعي تلك المسائل، فهو يحقق العديد من المزايا ويتمتع بخصائص تميزه عن غيره.

ثانياً: مزايا التحكيم الالكتروني:

إذا كان التحكيم التقليدي offline يحقق العديد من المزايا والخصائص، فإن التحكيم الالكتروني Online يدعم تلك المزايا ويضيف إليها[٣] وذلك على النحو التالي:

---

(١) د. محمد سعيد احمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، ٢٠٠٥م، ص٣٦٧.

(٢) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٢٩.

(٣) للمزيد في بيان ذلك انظر:

Karim Benyekhlef, Fabien Gélinas: **Online Dispute Resolution**, Lex Electronica, vol.10 n°2, Summer 2005, p.85, Joseph W. Goodman: **the pros and cons of online dispute resolution an assessment of cyber-mediation websites**: Duke L. & Tech. Rev. 0004, 2003, p.5, Julia Hörnle: **online dispute resolution- the emperor's new clothes?**, op.cit, p.2.

١. **السرعة في حسم النزاع[(١)]: إن من أبرز ما أسهَمَ في انتشار التحكيم الالكتروني هو سرعة وسهولة إجراءاته حيث يوفر على الأطراف عناء الانتقال لحضور جلسات التحكيم، أو نقل وإرسال الوثائق فكلها تتم بطريقة الكترونية آلية[(٢)].**
وبذلك فإن التحكيم الالكتروني قد فاق التحكيم التقليدي سرعة وسهولة، حيث نجد أن المدد التي يتم الفصل في النزاع خلالها تتراوح بين ٤ ساعات إلى ٦٠ يوماً[(٣)]، والبعض منها يجعل مدة الفصل خلال ٤٥ يوماً وفقاً للتقويم الميلادي[(٤)]، وبذلك فإنه يحقق أكبر قدر من الاقتصاد في النفقات فلا يحتاج إلى تكاليف السفر إذ إن مباشرة الإجراءات يتم الكترونياً.
فالتحكيم الالكتروني Online يتناسب مع منازعات المستهلكين الالكترونية والتي تكون قليلة القيمة عادة، بل إنه يفوق المحاكم الوطنية حتى محكمة موطن المستهلك وفق القواعد الخاصة بحماية المستهلك فهو يحقق السرعة ووفرة التكاليف[(٥)]، فيوفر تكاليف انتقال الأطراف لحضور الجلسات، وتكاليف إرسال الوثائق والمستندات، ويوفر تكاليف الاستعانة بالخبراء كما أن المحكمين أغلبهم من ذوي الخبرة والتخصص الفني.

٢. **مرونة التحكيم الالكتروني: حيث يتمتع التحكيم الالكتروني بمرونة عالية فأطراف النزاع يستطيعون تحديد أوقات إدارة النزاع في الوقت الذي يرونه مناسباً لهم،**

---

(١) انظر:
Alan Skaplisky: **The Use Of Pre-dispute Arbitration Agreements By Consumer Financial Services Providers**, PHL_A #1832806 v1 I. p.5, available online: http://pdlba.com/images/PreDispute_Arbitration_Agreement_2_.pdf.

(٢) د. مصلح احمد الطراونة، د. نور حمد الحجايا: التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٢١٣.

(٣) وفق القواعد التي يتبعها مهد تشارترد للتحكيم، والتي تفصل في القضية في حد أقصى سبعه أسابيع. مشار إليه عند:
Thomas Schultz:**Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, Center for Information Technology and Dispute Resolution 2002, p.3. available online: http://www.ombuds.org/ center/adr2002-11-schultz.html.

(٤) وفق المادة ١/٩ من مشروع القانون النموذجي بشأن التحكيم الالكتروني في منازعات المستهلكين الصادر في ٢٠٠٨/٨/١٥م، والذي يتم دراسته بين رابطة الدول امريكية. للمزيد انظر رابط المشروع:
http://www.oas.orgdilLegislative_Guidelines_for_Inter-American_Law_on_ Availability _of_Consumer_Dispute_Resolution_Annex_B_United_States.pdf
Thomas Schultz:**Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, op.cit., p.3.

(٥) انظر:
Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.145.

وبالمدد التي يتفقون عليها، بمعنى أن التحكيم الالكتروني يخدم مصالح التجارة العالمية لتحقيقه السرعة وحرية الأطراف في إدارته[(١)].

٣. السرية: فالتحكيم الالكتروني يحقق السرية كالتحكيم التقليدي مما يدفع المتعاملين عبر الشبكة إلى اللجوء إليه لأنه يخدم مصالحهم الصناعية أو التسويقية، إذ إن العلانية التي يتبعها النظام القضائي العادي قد تضر بهم وبعلاماتهم التجارية[(٢)]، ويدفعهم إلى ترك الخصومة وعدم اللجوء إلى القضاء خوفاً من الإضرار بهم.
ويطرح البعض تخوفاً من عدم تحقيق التحكيم الالكتروني للسرية المطلوبة، ذلك أنه يتم من خلال شبكة الانترنت التي تمثل تهديداً لسرية التحكيم، سواءً عن طريق تسريب الارقام السرية التي تعطى لاطراف النزاع لمتابعة قضاياهم من خلال بعض الفنيين، أو التهديد المتمثل في أعمال القراصنة **Hackers** أو المخربين **Crackers** الذين يمثلون تهديداً لسرية التحكيم وأسرار الأطراف التي تعرض من خلال ذلك التحكيم[(٣)].
وعلى الرغم من منطقية هذا التحفظ، إلا أننا لاننسى أن مجتمع الانترنت في بداية ازدهاره وهو يسير بخطى واثقة نحو النضوج، فمراكز التحكيم الالكتروني تبتدع كل يوم من الوسائل الجديدة التي تضمن هذه السرية، سواءً عن طريق التشفير أو استحداث البرامج التي تمثل حاجزاً يفصل هذه المعلومات عن المتطفلين[(٤)].

٤. الكفاءة والفاعلية: فإذا كان المحكمون في التحكيم التقليدي **Offline** هم من أهل الخبرة في المنازعات الخاصة الدولية فإن المحكمين في التحكيم الالكتروني هم من أهل الخبرة في المنازعات الخاصة بالتجارة الالكترونية، بمعنى أنهم متخصصون في منازعات التجارة الالكترونية فنياً ومالياً وتنظيمياً، مما يعني بالضرورة أن الحل الذي سوف يصدرونه سوف يكون حلاً عملياً وفعالاً ومقبولاً لأطراف النزاع مما يضمن تنفيذه[(٥)]، وذلك خلافاً للقضاء الوطني الذي تعد العدالة فيه صماء لا ترى

---

(١) للمزيد انظر:
Karim Benyekhlef, Fabien Gélinas: **Online Dispute Resolution**, op.cit, p.86.

(٢) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التحكيم الكتروني، دار الثقافة للنشر عمان ٢٠١٠م، ص٥٨.

(٣) د. سليمان أحمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣١٦.

(٤) د. صلاح على حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٢٨١.

(٥) انظر:
Alan Skaplisky: **The Use Of Pre-dispute Arbitration Agreements By Consumer Financial Services Providers**, op.cit, p.5.

إلا من خلال المستندات ونصوص القانون مما يعني أنها قد لا تتناسب مع ظروف الدعوى ولا تخدم مصلحة الخصوم[١].

٥. **تناسب التحكيم الالكتروني مع العقود الالكترونية:** حيث يجنب أطراف العقد القصور الذي يكتنف القانون والقضاء الوطني والذي لم يواكب متطلبات التجارة الالكترونية[٢]، بوضع قواعد قانونية وقضائية تراعي طبيعة التجارة الالكترونية والصفقات التي تتم عبر الانترنت[٣] هذا من جانب. ومن جانب آخر انعدام التنظيم الجماعي الذي يضع قواعد موحدة، كالاتفاقيات الدولية، بما يخدم ويسهل تحديد القضاء المختص بالفصل في منازعات التجارة الالكترونية[٤].

ثم إن التحكيم الالكتروني يخدم الأطراف في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع بحكم أن المحكم سوف يطبق القواعد التي تراعي طبيعة هذه التجارة ويخدم مصالح الأطراف الفنية والاقتصادية[٥].

على أن حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم الالكتروني واختيار القانون الواجب التطبيق قد تواجه صعوبة تصل إلى حد الإبطال[٦]، في ظل القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف خصوصاً وأن عقود التجارة الالكترونية في الغالب تتم بين مهني ومستهلك، حيث تضع التشريعات الوطنية قواعد خاصة لحمايته سواء في مجال الاختصاص القضائي أو الاختصاص التشريعي، وذلك بقواعد وطنية آمرة لا يجوز مخالفتها وسوف يأتي بيان ذلك لاحقاً.

---

(١) د. بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٩٧.

(٢) د. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٩٨٣، أ. أمينه خبابة: التحكيم الالكتروني في التجارة الالكترونية، دار الفكر والقانون، المنصورة ٢٠١٠م، ص٧٧.

(٣) للمزيد انظر:

Mohamed S. Abdel Wahab: **Dispute Resolution and Information Technology at Crossroads**: The Leading Edge, fourth UN forum on online dispute resolution, Cairo, Egybt, march 22-23, 2006, p.3.

(٤) د. سامي عبد الباقي: التحكيم التجاري الالكتروني، مرجع سابق، ص٧٥.

(٥) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ٥٩.

(٦) انظر:

Susan Lott, Marie Hélène Beaulieu and Jannick Desforges:**Mandatory Arbitration and Consumer Contracts**, Public Interest Advocacy Centre (PIAC) and Option consommateurs 2004, p.14.

كما ينفرد التحكيم الكتروني عن التحكيم التقليدي بما يلي:

- إن جميع إجراءات التحكيم الالكتروني تجري بطريقة الكترونية ابتداءً من تقديم الطلب وانتهاءً بصدور الحكم فالجلسات تجري عن بعد وتقديم المستندات يجري الكترونياً.
- يتيح التحكيم الالكتروني للأطراف إمكانية استرجاع البيانات التي تقدم لهيئة التحكيم، وذلك من خلال الموقع الخاص بالقضية وعن طريق الباسورد المتاح للأطراف، مع إمكانية الاتصال المباشر بين الأطراف وهيئة التحكيم لاستيفاء ما نقص من الوثائق المطلوبة وذلك من خلال الموقع أو الإيميل.

على أن هذه المزايا لا يمكن الاستفادة منها بفاعلية إلا متى جرى توفير بيئة الكترونية آمنة متاحة على شبكة الانترنت وتسمح للمُختكَمين الدخول إليها وتبادل الوثائق والبيانات بما يخدم سرية المعاملة ووجود المحكّمين ذوي الخبرة والكفاءة العالية لخدمة هذا النظام الوليد(١).

كما وأن وجود نظام الكتروني سهل الاستعمال ويتيح مكنة استخدامه بتكلفة أقل وسرعة أعلى، مع وجود قالب من التعليمات من شأنها تسهيل عملية اتباع تلك الإجراءات والسير من خلالها حتى إنهاء المنازعات الأمر الذي يزيد من فاعلية اللجوء إلى التحكيم الالكتروني(٢).

على أن العصب الأساس في ذلك كله هو وجود نظام آلي قادر على تخزين البيانات المتبادلة على الخط وإمكانية تعديلها واسترجاعها والرجوع إليها عند الاقتضاء بما يخدم إجراءات إدارة النزاع وتنفيذ الأحكام الصادرة عنها.

وخلاصة الأمر أن عقود التجارة الالكترونية هي عقود منتشرة ويتزايد حجم تلك العقود يوماً بعد يوم، وفي الأغلب الأعم فإن هذه العقود هي عقود تجري بين مهني ومستهلك B2C وهي عقود منخفضة القيمة، فإذا ما نشأ نزاع بشأنها فإن الطريق الأسهل والذي يفضله المتعاملون عبر الشبكة هو اللجوء إلى وسائل التسوية عبر الخط ODR ومن أهمها التحكيم الالكتروني، بوصفه الوسيلة الأنجع والأسرع في خدمة المتعاملين عبر الشبكة.

---

(١) انظر:
Mohamed S. Abdel Wahab: **Dispute Resolution and Information Technology at Crossroads: The Leading Edge**, op.cit, p.6.

(٢) للمزيد انظر:
Lee A Bygrave: **Online Dispute Resolution–What It Means For Consumers**, Paper presented at a conference entitled ‘Domain Name Systems and Internet Governance’ organised by the Baker & McKenzie Cyberspace Law and Policy Centre in conjunction with the Continuing Legal Education programme of University of NSW, Grace Hotel, Sydney, 7 May 2002,p.3.

المطلب الثاني
تذليل الصعوبات أمام التحكيم الالكتروني

مهما كان التنظيم القانوني لأي نظام من الأنظمة مُحكَماً، إلا أن هناك ثغرات وصعوبات قد تواجهه عند التطبيق في الواقع العملي، فإذا كانت قواعد التحكيم التقليدي Offline تفترض استخدام المستندات الورقية والحضور الشخصي لأطراف النزاع بما يشتمل عليه من وكلاء وشهود وخبراء أمام هيئة التحكيم فإن التحكيم الالكتروني Online يصبح محل فحص وتدقيق عند تطبيق تلك القواعد.

والحقيقة أن السبب الرئيس في بروز تلك الصعوبات هو قصور النظم القانونية للبلدان خصوصاً البلدان النامية عن مواكبة التطورات الهائلة في مجال التجارة الالكترونية، وجمود قواعدها القانونية خصوصاً تلك المتعلقة بالاختصاص القضائي والإثبات وغيرها من القواعد[(١)].

ولعل أبرز تلك الصعوبات التي تواجه التحكيم الالكتروني[(٢)]، هي مشكلة الاعتراف بتنفيذ الأحكام التي تصدر عن هيئة التحكيم، فإذا كانت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في المادة ١/٢ تلزم محاكم الدول الأطراف فيها بالاعتراف باتفاقات التحكيم وتنفيذها، فإنها قيدت هذا الأمر بشروط أبرزها شرط الكتابة والتصديق وهو ما يكتنفه شيء من الغموض حال حكم التحكيم الالكتروني وهو ما سوف يعمد الباحث إلى إجلائه.

وهناك مشكلة أخرى وهي أن تحديد مدى صحة اتفاق التحكيم وذلك وفق نص المادة ١/٥-أ من اتفاقية نيويورك، يكون بالرجوع إلى قانون المكان الذي صدر فيه الحكم، فإذا كان ممكناً تحديد مكان التحكيم ومن ثم مكان صدور حكم التحكيم في التحكيم التقليدي إلا أن الأمر يكون أكثر تعقيداً في ظل التحكيم الالكتروني الذي يصدر الحكم عبر شبكة الانترنت والتي تستعصي على التركيز المكاني[(٣)].

وهناك صعوبات تتعلق بمدى صلاحية محل التحكيم، وذلك في العقود التي تبرم بين المهني والمستهلك حيث يعد الأخير الطرف الضعيف في العقد، والخوف من عدم تطبيق

---

(١) انظر:
Mohamed S. Abdel Wahab: **Dispute Resolution and Information Technology at Crossroads: The Leading Edge**, op.cit, p.3.

(٢) للمزيد في بيان تلك الصعوبات انظر:
Thomas Schultz: **Online Arbitration: Binding or Non-Binding?,** op. cit., p.12.

(٣) د. أحمد شرف الدين: : جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٨٩.

القواعد الآمرة المنصوص عليها في القوانين الوطنية، وسوف نحيل بحث هذه الفقرة إلى المبحث الثاني من هذا الفصل.

إن من أهم التساؤلات التي تطرح نفسها بصدد بحث التحكيم الالكتروني، هو إلى أي مدى يمكن قبول الشكل الالكتروني لإثبات صحة اتفاق التحكيم الالكتروني؟ وما مدى ضرورة توافر الكتابة المادية كشرط لصحة الاتفاق؟ وإذا ما توافرت الكتابة فإن التساؤل الذي يثار هنا إلى أي مدى تجزم هذه الكتابة بتوافر الرضا أو القبول في شرط الإحالة بالتحكيم؟ وهل كان يقصد ذلك الأطراف أم لا؟ وأخيراً ما مدى إمكانية التركيز المكاني لحكم التحكيم؟ وهل يعد شرطاً لتنفيذ الحكم الصادر من هيئة التحكيم الالكتروني؟ أم يمكن تجاوزه؟

وعلى كل فإن الصعوبات التي تثور في هذا الصدد قد تتنوع بين صعوبات قانونية وفنية، وسوف ندرس تلك الصعوبات سعياً إلى فتح آفاق حلها وتذليلها وذلك وفق القواعد الوطنية والدولية، على النحو التالي:

أولاً: دور الكتابة في التحكيم الالكتروني:

- **وضع المسألة**

إن الإطار القانوني أو المرجعية القانونية لقواعد التحكيم بصفة عامة هي الرجوع إلى القواعد العامة مثل اتفاقية نيويورك والمعاهدات الثنائية بين الدول، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته المنظمة الدولية الأنسيترال، وقوانين التحكيم الوطنية، مع الاستفادة من اتفاقية جنيف الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي ١٩٦١م، واتفاقية بنما ١٩٧٥م، واتفاقية مونتفيديو١٩٣٣م بين الدول الأمريكية.

إلا أن الأمر يختلف قليلاً في مجال التحكيم الالكتروني عبر الانترنت Online Arbitration ، حيث تمثل اللوائح المنضمة وقواعد السلوك التي تعدها المؤسسات التي تقدم خدمات التحكيم الالكتروني، مرجعية مهمة تنظم الجوانب المختلفة للتحكيم الالكتروني[١].

ولما كانت الكتابة تمثل شرطاً لصحة اتفاق التحكيم في كلٍ من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م في المادة ٢/٢[٢]، وهو كذلك في المادة ٧/٢ من قانون الأونيسترال النموذجي الخاص

---

(١) د. عماد الدين المحمد: طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، مرجع سابق، ص١٠٤٠.

(٢) راجع نصوص الاتفاقية على موقع اليونسترال على الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/07-87406_Ebook_ALL.pdf.

بالتحكيم التجاري الدولي[١]، وهو ما أخذ به قانون التحكيم الألماني في المادة ١٠٣١[٢]، وقانون التحكيم الانجليزي في المادة٨٩[٣]، والقانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م في المادة١/١٧٨[٤]، ولم يخرج المشرع المصري عن ذلك إذ تشترط المادة ١٢ من قانون التحكيم الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، وهي كذلك في قانون التحكيم اليمني في المادة ١٥[٥]، والمادة ١/١٠ من قانون التحكيم الاردني٢٠٠١م[٦]، والمادة ٤٥٨ من قانون المرافعات الجزائري ١٩٩٣م[٧].

بينما نجد أن بعض التشريعات لا تجعل الكتابة شرطاً لصحة اتفاق التحكيم، وإنما تمثل شرطاً لإثبات هذا الاتفاق، ولعل من أبرز تلك التشريعات هي قانون التحكيم السويدي ١٩٩٩م، وقانون التحكيم الفرنسي١٩٨١م[٨].

إذا كان ذلك في صورة اتفاق التحكيم التقليدي، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا هل الكتابة الالكترونية تساوي الكتابة التقليدية؟ للقول بصحة إجراءات التحكيم الالكتروني، وما مدى فاعلية هذا الشرط في مجال التحكيم الالكتروني؟

---

(١) انظر نصوص القانون على الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

(٢) بل أن قانون التحكيم الالماني يشترط التوثيق لصحة اتفاق التحكيم، انظر، قانون التحكيم الألماني لعام ١٩٩٨م والمعدل ٢٠٠١م، متاح على الرابط التالي:
http://www.chamber.se/filearchive/2/21743/german%20arbitration%20act.pdf.

(٣) انظر نصوص قانون التحكيم الانجليزي ١٩٩٦م متاح على الرابط التالي:
http://www.jus.uio.no/lm/england.arbitration.act.1996/portrait.pdf.

(٤) تابع نصوص هذا القانون على الرابط التالي:http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf.

(٥) وفي ذلك تقول المحكمة العليا في احدث احكامها بانه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ومحدداً به موضوع التحكيم، ولم يكن في بالها إلا الكتابة التقليدية وربما تغير الرأي فيما لو عرضت عليها منازعة تتصل بالتجارة الالكترونية طعن مدني رقم ٣٠٨٦٣-ك جلسة ١٤٢٩/٧/٥ الموافق ٢٠٠٨/٧/٨م، مجموعة الاحكام الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا ٢٠٠٨م ص٧٩.

(٦) قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م نشر في الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٦م، ص٢٨٢١.

(٧) المرسوم الجزائري رقم ٩٣-٩ الصادر في ٢٥ /٤/ ١٩٩٣م المعدل للمرسوم رقم ١٥٤٠٦٦ الصادر في ٨ /٦/ ١٩٦٦م بشأن المرافعات.

(٨) قانون التحكيم السويدي ١٩٩٩م متاح على الرابط التالي:http://www.chamber.se/?id=23746
قانون التحكيم الفرنسي في الكتاب الرابع من قانون أصول المحاكمات ١٩٨١م، متاح على الرابط التالي:
http://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/portrait.pdf.

- **تكافؤ الكتابة الالكترونية مع الكتابة التقليدية في صحة اتفاق التحكيم:**

يذهب جانبٌ من الفقه[1] إلى القول بأن المشرع قد ترك الباب مفتوحاً في تحديد شكل الكتابة لتشمل الكتابة الالكترونية. ومن ثم، فإن القول بعدم صحة الكتابة الالكترونية كشرط لصحة اتفاق التحكيم الالكتروني أصبح لا محل له وهو ما يتواكب مع توجهات المشرع ومقتضيات الواقع[2]، وهو ما يسير معه الباحث، وندلل على ذلك من عدة نواح:

أولاً: إن اتفاقية نيويورك التي صادقت عليها معظم الدول ومنها مصر، وأصبحت تعد جزءاً من قانونها الداخلي[3]، قد جعلت في المادة ٢ شرط الكتابة متحققاً إذا كان هناك تبادل للبرقيات وهو ما يدخل تحته تبادل الرسائل الالكترونية. فالبرقيات والإيميل لهما نفس الصفة والخصائص فيما يتعلق بإمكانية الحفظ وإظهار هوية المرسل[4].

---

(١) للمزيد انظر في الفقه العربي انظر: أستاذنا الدكتور: عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٧٦، د. محمد مأمون أحمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس٢٠٠٩م، ص١٨٥، د. سامي عبد الباقي: التحكيم التجاري الالكتروني، مرجع سابق، ص١٣٥، د. عماد الدين المحمد: طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، مرجع سابق، ص١٠٤٥، د. د. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص١٠١٢، د. أحمد شرف الدين: : جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٩٢ وما بعدها.

وفي الفقه الاجنبي انظر:

*Vincent Cautrais:**Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique**, la revue juridique themis(R.J.T) canada, Vol 36,n°2, 2002, p.493.

* Eric Caprioli: **Aperçus sur le droit du commerce électronique (international)**,Souveraineté étatique et marches internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Univer. Bourgogne - CNRS, Litec, 2000, vol. 20, p.247.

*Thomas Schultz: **Online Arbitration: Binding or Non-Binding?,** op.cit., p.15.

(٢) انظر:

Penda Ndiaye:**Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique**, Maîtrise en droit, Université de Montréal 2006,p.107.

(٣) صادقت على الاتفاقية العديد من الدول العربية كان من أوائلها مملكة المغرب في ١٢ فبراير ١٩٥٩م وسوريا وجمهورية مصر العربية في ٩ مارس ١٩٥٩م، ولم تصادق على الاتفاقية بعض الدول العربية كاليمن والعراق والسودان وليبيا وجزر القمر والصومال.

(٤) راجع توصية لجنة الأمم المتحدة اليونيسترال٢٠٠٦م في شأن تفسير المادة الثانية من اتفاقية نيويورك والمنشورة في وثائق اللجنة ٢٠٠٨م ص١٧، متاح على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/1958NYConvention_A.pdf.

ونفس النهج سار عليه قانون الأنسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥م في المادة ٢/٧ الذي تضمن وضع مجموعة من الملاحظات حول تنظيم إجراءات التحكيم وما يهمُنا هو قبوله بالمستندات المرسلة بوسائل الاتصال الحديثة خلال مدة التحكيم وأجاز الاتفاق على تبادل المستندات في الشكل الالكتروني[1]، وهو كذلك في قانون الأنسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية ١٩٩٦م في المادة ٥[2].

وهو كذلك في اتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي ١٩٦١م[3]، وكذلك في مبادئ اليونيدروى١٩٩٤م[4]، بصريح المادة الأولى في الفقرة العاشرة حيث تعطي الكتابة الالكترونية وظائف الكتابة التقليدية[5]، وسارت على ذلك لائحة بروكسل الخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المادة ٢/٢٣[6].

وقد اعتنق هذا المبدأ قانون المعاملات الالكترونية الأمريكي الموحد ١٩٩٩م في المادة ٧/٢ وحقق المساواة بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية وذلك في المادة السادسة حيث نصت" عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، فإن رسالة البيانات تستوفي ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"[7]، وهو كذلك في المادة ١٧٨ من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧م، وكذلك في القسم الخامس المادة ٦ من قانون التحكيم الإنجليزي.

---

(١) راجع وثائق الأنسيترال في ١٠ ابريل ٢٠٠٠م في تقرير الفريق العامل في التحكيم التجاري الدولي في دورته الثانية والثلاثين ص٢٦ متوافر على الرابط التالي:
http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/530/62/PDF/V0053062.pdf.

(٢) راجع قانون الأنسيترال الخاص بالتجارة الالكترونية ١٩٩٦م النسخة العربية متوافر على الرابط التالي:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf.

(٣) نصوص هذه الاتفاقية متاحة على الرابط التالي:
http://www.arbitrage.org/fr/presentation/texte_convention_euro.pdf.

(٤) انظر نصوص اليونيدروا ١٩٩٤م والتعديلات اللاحقة ٢٠٠٤م متاحة على الرابط التالي:
http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversion principles2004-e.pdf.

(٥) انظر:
Vincent Cautrais:**Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique**, op.cit,p.492.

(٦) للمزيد في هذا النص والتعليق عليه انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.125.

(٧) تابع نصوص هذا القانون متاحة على الرابط التالي:
http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ecom/ueta_final.pdf.

وقد كان القانون الاتحادي لدولة الإمارات رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٦م والخاص بتعديل أحكام قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية أكثر وضوحاً حيث نصت المادة ١٧ مكرر في الفقرة الثانية على أنه" يعتبر محرراً الكترونياً كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين رموز أو اشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها تجري من خلال وسيلة تقنية معلومات"، ثم تعقب الفقرة الرابعة من ذات المادة لتنص على أن" للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية والسجلات والمستندات الالكترونية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام هذا القانون".

ثانياً: بالرجوع إلى قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢م والمعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧م، فإننا نلاحظ أن المشرع قد اشترط الكتابة في المادة ١٥ حيث نصت " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة سواءً قبل قيام الخلاف أو النزاع أو بعد ذلك وحتى لو كان طرفا التحكيم قد أقاما الدعوى أمام المحكمة، ويكون الاتفاق باطلاً إذا لم يكن مكتوباً ومحدداً به موضوع التحكيم ويكون الاتفاق مكتوباً إذا تضمنته وثيقة تحكيم أو برقيات أو خطابات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة ذات الطابع التوثيقي".

ولم يخرج المشرع المصري عن ذلك في المادة ١٢ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث تنص بأنه" يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمن ما تبادله الطرفان من رسائل وبرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"[(١)].

ومن ثم فإن التفسير المنطقي لهذه النصوص هو قبول الكتابة الالكترونية ولا يجوز التفسير بغير ذلك[(٢)]، إذ إن هذا هو توجه المشرع وهو ما يتواكب مع معطيات الواقع التي يمليها التطور الحديث في وسائل التكنولوجيا التي لا غنى عنها، ثم إن هذا القول سوف يحل الكثير من المشكلات القانونية[(٣)].

ثالثاً: إن نص المادة الأولى من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م ينص على أن "أ- الكتابة الالكترونية: كل حرف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك.

---

(١) في التعليق على هذا النص انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم: ادارة العقود والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص٩ وما بعدها.

(٢) د. محمد مامون أحمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٦٦.

(٣) انظر:
Eric Caprioli: **Aperçus sur le droit du commerce électronique (international),** op.cit., p.249.

ب- المحرر الالكتروني: رسالة بيانات تتضمنه معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة".

وهو ما سار عليه المشرع اليمني في القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية في المادة ٢، حيث تبنى المشرع هذا عند تعريف الكتابة الالكترونية والمحرر الالكتروني.

وعندما جاء المشرع لبيان حجية الكتابة الالكترونية فإنه أعطاها نفس حجية الكتابة التقليدية في الإثبات وفق صريح المادة ١٠ من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني وكذلك المادة ١٥ من قانون التوقيع المصري، حيث نجد أن المشرع يعطي" للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون- م ١٨ من قانون التوقيع الالكتروني المصري- وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"م ١٥ مصري[(١)].

بل إن المشرع يزيدها تكافؤاً وذلك في المادة ١٧ من قانون التوقيع الالكتروني المصري التي تنص على" تسري في شأن إثبات صحة المحررات الالكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية"

والبيّن من النصوص السابقة أن توجه المشرع لم يدع مجالا للشك في رغبته في الاعتراف بالكتابة الالكترونية وتكافؤها مع الكتابة التقليدية من جميع الوجوه، ومن ثم صحة اتفاق التحكيم الالكتروني، وهو ما يسير عليه الفقه الحديث[(٢)].

---

(١) وهو ما سارت عليه أغلب تشريعات التجارة الالكترونية، كما هو الحال بالنسبة لقانون المعاملات الالكترونية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦م في المادة ٧، وقانون المعاملات الالكترونية لإمارة دبي رقم ٢ الصادر في ٢٠٠٢م في المادة ١٢، وقانون المبادلات الالكترونية التونسي رقم ٨٣ الصادر في ٢٠٠٠م.

(٢) انظر في الفقه العربي: أستاذنا الدكتور: عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٧٦، د. محمد مامون أحمد سليمان: التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١٨٥، د. عماد الدين المحمد: طبيعة وانماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، مرجع سابق، ص١٠٤٥، د. سامي عبد الباقي: التحكيم التجاري الالكتروني، مرجع سابق، ص د. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص١٠١٢ ، د. بلال عبد المطلب بدوي: : التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص١١٩. وفي الفقه الأجنبي:

*Penda Ndiaye:**Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique**, Op.cit., p.108.

«

رابعاً: يسير القضاء في المساواة بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية ففي القضاء الفرنسي يمكن الاتكاء على حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٩٧م، حيث اعتبرت المحكمة رسالة الفاكس دليلاً كتابياً على القبول، لأنها ليست مجرد صورة بل نسخة أخرى من أصل الرسالة، إذ إن جهاز الفاكس المتلقي يتلقى الرسالة كما هي في صورة ذبذبات على أجزائه الداخلية فتكون نسخة من المحرر(الكتابة الالكترونية) ثم يخرجها مرة أخرى على ورق، وهو ما يعني أن الكتابة الالكترونية تتطابق مع الكتابة التقليدية فخواص الفاكس تتشابه مع خواص الإيميل[١].

أما القضاء الأمريكي فقد كان أكثر وضوحا فنجد أن المحكمة الاتحادية في حكمها الصادر في ١١ مايو ٢٠٠٠م تقرر أن اتفاق التحكيم الذي يتم التعهد به الكترونياً يمثل اتفاقاً كتابياً بمقتضى المادة ٢ من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي[٢]، ومشروعية شرط التحكيم الموجود في الشروط العامة في العقد المبرم الكترونياً تقوم على أساس تكافؤ شرط التحكيم الكتابي مع شرط التحكيم الالكتروني[٣].

وفي سويسرا أقر القضاء الفيدرالي في حكم صدر في ١٦ يناير ١٩٩٥م في ضوء تفسير اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م وقالت بأن شرط التحكيم الوارد في وثيقة الشحن ضمن الشروط العامة هو شرط صحيح، وأقرت المحكمة بضرورة أن تؤخذ وسائل الاتصال الحديثة في الحسبان، وأن تفسير اتفاقية نيويورك يجب أن يقوم على أساس التكافؤ بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية[٤].

»
*Vincent Cautrais:**Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique**, op.cit, p.490**.**
*Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.158.
*Thomas Schultz: **Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, op.cit.,p.13.
*Karim Benyekhlef, Fabien Gélinas: **Online Dispute Resolution**, op.cit, p.71.

(١) مشار اليه عند: د. الاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص١٠١٣.

(٢) انظر نصوص قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي وفق آخر تعديلاته في ٢٠٠٢م متاح على الرابط التالي: http://www.smany.org/sma/about6-5.html.

(٣) مشار إليه في د. عادل أبو هشيمة:عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣١١.

(٤) راجع الحكم في وثائق اليونسترال، تقرير الفريق العامل المعني بالتحكيم في دورته الثانية والثلاثين النسخة العربية رقم A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 الصادرة في ٢٦ يناير ٢٠٠٠م، ص١٤، رابط: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/505/75/PDF/V0050575.pdf.

خامساً: إن اتفاقية الامم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م، قد نصت بشكل واضح في المادة ١/٨ على أنه" لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو امكانية إنفاذه لمجرد كونه ورد في شكل الكتروني"، بل وزادت المادة ١/٢٠ منها المحرر الالكرتوني مساواة لنظيره الورقي حيث نصت على أن" تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الالكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد أو اتفاق، تسري عليه أي من الاتفاقيات الدولية التالية، التي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الاتفاقية أو قد تصبح دولة متعاقد فيها:- اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذه(نيويورك ١٠ حزيران/ يونيه ١٩٨٥)".

ونختم بمشروع القانون النموذجي بشأن التحكيم الالكتروني في منازعات المستهلكين الذي تم تقديمه لرابطة الدول الأمريكية في ٢٠٠٨/٨/١٥م، حيث نص المادة ١/٤ منه على أنه " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً... ثم تعقب الفقرة الثانية من ذات المادة لتؤكد بأن هذه الكتابة قد تأتي في شكل الوسائل البديلة الحديثة التي تشمل الوسائل الالكترونية[١].

وخلاصة ما تقدم: إن الاتفاق الالكتروني على اللجوء إلى التحكيم الالكتروني يكون صحيحاً مثله مثل اتفاق التحكيم الذي يجري بالطرق التقليدية، وهذا التماثل يعد صحيحاً وفقاً لقاعدة مادية لا تثير قواعد التنازع إذ أنها تستند لنصوص الاتفاقيات الدولية، ونصوص القانون النموذجي للتجارة الالكترونية ١٩٩٦م، ولوائح هيئات التحكيم[٢].

وحتى يعد اتفاق التحكيم الالكتروني صحيحاً من الناحية القانونية فإنه يلزم أن تتضمن الوثيقة الالكترونية، أسماء أطراف النزاع، ونص اتفاق التحكيم (الإيجاب والقبول)، وشروط الاتفاق الأخرى والتي يجري تخزينها بطرق الكترونية، بحيث تعطي مكنة الرجوع إليها[٣].

---

(١) حيث يجري نص هذه المادة على النحو التالي:

Art. 4.1) *"An agreement or assent to arbitrate pursuant to these rules shall be in writing The arbitration agreement shall reference the procedure to be used......2)Agreements optionally may take the form of an alternative that the vendor provides to the consumer to pursue arbitration covered by these rules in the event a dispute arises, and may provide the arbitrator with authority to award relief on certain claims without requiring proof of applicable law"*.

(٢) د. عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٩م، ص١٠٢، د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي لمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٠٩.

(٣) انظر:

Thomas Schultz:**Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, op.cit.,p.15.

ثانياً: التحكيم بالإحالة في التحكيم الالكتروني

إذا كان قد جرى بيان دور الكتابة الالكترونية في اتفاق التحكيم الالكتروني وانتهى الباحث إلى قبول الشكل الالكتروني وتساوي الكتابة التقليدية مع الكتابة الالكترونية، فإن التساؤل هنا يثور عن صورة التحكيم بالإحالة، كصورة من صور الاتفاق على التحكيم[(١)]. وما مدى توفر رضا الأطراف وانصراف إرادتهم إلى ذلك؟ والذي قد يثير تلك التساؤلات هو أن النصوص المحال إليها قد لا تكون موجودة على صفحة الموقع الذي يتعاقد من خلالها ساعة التعاقد في عقود التجارة الالكترونية، حيث تظهر للمتعاقد خانات يمليها ومن بينها شرط التحكيم بالإحالة!، وحتى توضح الصورة أكثر يجب تحديد المقصود بشرط التحكيم بالإحالة، وبيان نوعيه بشكل مختصر ثم الدخول في تطبيق ذلك في عقود التجارة الالكترونية والتحكيم الالكتروني.

- **وضع المسألة**

المقصود بشرط التحكيم بالإحالة: هو أن يشير أطراف اتفاق التحكيم في العقد الأصلي إلى تطبيق أحكام وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، بقصد تطبيق أحكام هذه الوثيقة على العلاقة بين الطرفين وذلك باعتبارها جزءاً من العقد، وغالباً ما يكون هناك ارتباط بين هذه الوثيقة والعقد الاصلي[(٢)]. وهو ما تؤكده الاتفقيات الدولية والقوانين الوطنية، فنجد أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة ١/٧ اعتبر أن الإشارة في عقد ما إلى مستند يتضمن شرطاً تحكيمياً بمثابة اتفاق تحكيمي[(٣)].

التحكيم بالإحالة نوعان: إما أن تكون إحالة عامة وهي التي لا يوجد بها إشارة خاصة إلى شرط التحكيم وإنما تجعل أحكام الوثيقة المحال إليها جزءاً من العقد الأصلي، وقد رفض الفقه هذا النوع من الإحالة خاصة في عقود التجارة الالكترونية باعتبار أن شرط التحكيم لا يعتبر مكتوباً ومن ثم لا ينتج أثاره[(٤)].

وإما أن تكون الإحالة خاصة وهي التي تدل على وجود شرط التحكيم وهو ما أكد عليه المشرع المصري في المادة ١٠ من قانون التحكيم حيث نصت على أنه "يعتبر اتفاق على

---

(١) وهنا نقتصر على الإحالة كصورة من صورة الاتفاق على التحكيم بكونها تثير مشكلات في مجال التحكيم الالكتروني، اذ إن عنوان المطلب يقتصر على تذليل الصعوبات التي تعيق تقدم التحكيم الالكتروني.

(٢) د. آلاء يعقوب النعيمي: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٩٩٢.

(٣) وهو ما تسير عليه أغلب التشريعات كالمادة ٣/١٠ من قانون التحكيم المصري، إلا أن الملاحظ أن قانون التحكيم اليمني في المادة ١٦ من الفصل الثاني، وهو في صدد بيان صور التحكيم لم يوضح التحكيم بالاحالة.

(٤) حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢١١.

التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة باعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

- **صحة التحكيم بالإحالة في اتفاق التحكيم الالكتروني:**

يدق الأمر عند دراسة شرط التحكيم بالإحالة الواردة في عقود التجارة الالكترونية وذلك لخصوصية الوضع القائم، إذ لا مشكلة في الأمر إذا كانت الوثائق المحال إليها تظهر بشكل كامل في صفحة الكترونية واحدة من صفحات الانترنت أو يمكن لها أن تظهر على التعاقب أو التوالي بشكل آلي.

لكن المشكلة تكمن في أن الواقع العملي يقول بغير ذلك إذ إن صفحة الويب Website تتضمن العديد من الملفات التي تترك حرية الدخول إليها للطرف المتعاقد وذلك من خلال الضغط على الارتباط التشعبي الخاص بها، بمعنى أن الوثيقة المحال إليها موجودة في أحد الملفات المستقلة المتاحة على صفحة الموقع، فهل يعد هذا كافياً للقول بوجود اتفاق تحكيم وتحَقُّقُ رضا الأطراف بذلك؟، بمعنى أن الوثائق الالكترونية كالعقد الأصلي أو اتفاق التحكيم أو الوثيقة التي جرى الإحالة إليها، تظهر كاملة في صفحة الكترونية واحدة، وإنما قد تظهر على التعاقب[١].

يذهب بعض الفقه[٢] إلى عدم صحة شرط التحكيم بالإحالة في عقود التجارة الالكترونية، باعتبار أن رضاء الأطراف الحقيقي غير متحقق بالنسبة لهذا الشرط. وذلك، لانعدام الدليل المادي المكتوب في حال الإحالة إلى وثيقة الكترونية أخرى، الأمر الذي قد تفتح الباب لهيئة التحكيم لتنسب لأحد الأطراف رضاً غير متوافر في الحقيقة.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه-وبحق- إلى القول بأن شرط التحكيم الالكتروني في ملف مستقل يعد مقبولاً قانوناً[٣]، وذلك على اعتبار أن الوثيقة المحال إليها والتي تحتوي على شرط التحكيم موجودة وبصفة دائمة على صفحة الموقع الالكتروني للبائع بحيث

---

(١) د. صلاح على حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٢٦٦.

(٢) اشرف وفا محمد:عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٥٥، وانظر ايضاً: Penda Ndiaye:**Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique**, Op.cit, p163.

(٣) انظر محاضر مؤتمر الامم المتحدة في التحكيم التجاري الدولي التحكيم الالكتروني، ٢٠٠٣م:
Dispute Settlement International Commercial Arbitration, 5.9 Electronic Arbitration, United nations conference on tread and development, United Nations, 2003, available online: http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf.

تتيح مكنة الرجوع إليها وقراءة ما تتضمنه من أحكام[١]، بل إن بعض هذه المواقع لا تستمر في سير إجراءات التعاقد إلا بعد فتح المتعاقد لهذه الصفحة التي تحتوي الوثيقة المحال إليها هذا من جانب، وهي تتيح للمشترى المتعاقد الرجوع إلى تلك الوثيقة المحال إليها مما يعطي المشتري الفرصة الكافية للاطلاع عليها وما تتضمنه من أحكام، وهذا ما تؤكد عليه

محكمة استئناف ولاية إيلينوي الدائرة الخامسة في الولايات المتحدة الأمريكية حيث تقرر المحكمة" أن ما استخلصته المحكمة الابتدائية من عدم قبول التحكيم باعتباره غير مقبول من الناحية الإجرائية لكونه لم يرد في شروط العقد، غير مقبول وانتهت إلى صحة شرط التحكيم الذي يأتي في ملف ضمن ارتباط تشعبي على الموقع"[٢].

بينما يرى آخرون في هذا الاتجاه[٣] أنه لا بد من الإحالة الخاصة إلى شرط التحكيم في العقود الالكترونية إذ إن القول بغير ذلك سوف يعرض المتعاقدين من خلال تلك الوسائل إلى الخطر، وذلك لعدم معرفتهم ودرايتهم بوجود شرط التحكيم، إذ إن ليس كل الأشخاص التي تتعاقد من خلال الانترنت لديها الخبرة الكافية لتفحص صفحات الموقع الالكتروني، وهو ما يساير اعتبارات حماية المستهلك، وسوف يأتي بيان ذلك لاحقاً.

وهكذا، يخلص الباحث إلى صحة شرط التحكيم بالإحالة في عقود التجارة الالكترونية وهي الإحالة الخاصة، وتتوافر تلك الإحالة بأن يتضمن العقد الأصلي إشارة إلى شرط التحكيم الموجود في ملف مستقل ضمن أحد الروابط في صفحة الموقع وبلغةٍ واضحة، فإذا ما رغب المتعاقد الاستمرار في سير إجراءات التعاقد يحيله الضغط على (زر استمرار continue) إلى الوثيقة المحال إليها، " وبذلك يتحقق ما تشترطه القوانين في اتفاق التحكيم بالإحالة من وجوب أن تكون الإحالة واضحة"[٤].

---

(١) انظر في هذا الفقه: د. صلاح على حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٢٦٦، د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢١٤. وفي الفقه الأجنبي، انظر:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.126.

(٢) حكم محكمة الاستئناف في ولاية إيلينوي الدائرة الخامسة في القضية الشهيرة مع شركة ديل **Hubbert v. Dell Corp., 359 Ill. App. 3d 976 (2005)**، راجع الحكم على الرابط:
http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case487.cfm.

(٣) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص ٢١٣.

(٤) د. صلاح على حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٢٩٦.

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الوصول الفعلي إلى الملف الذي يتضمن شرط التحكيم ممكناً بحيث يكون متاحاً ذلك الرابط الخاص بتلك الوثيقة وقراءة ما تحتويه، ولا يتم إتمام تلك الإجراءات إلا بعد التأكيد بالموافقة على تلك الوثيقة، وهو ما تؤكده محكمة الاستئناف لاقليم الكيبيك في حكمها الصادر في ٢٠٠٥م[١]، فقد رفضت المحكمة شرط التحكيم الذي ورد في ملفات خارجية على موقع شركة Dell لبيع معدات الكمبيوتر على شبكة الانترنت والتي أحال إليها العقد الأصلي بين الشركة والمستهلكين بإعتبار أن هذه الملفات لم تجذب انتباه المستهلكين وبالتالي عدم تحقق رضاهم بذلك، بالاضافة إلى الشرط العام في الوثائق الالكترونية والمتعلق بقابلية تلك المعلومات للاسترجاع والتخزين، وهو ما يحمي مصالح الطرفين في عقود التجارة الالكترونية[٢].

ثالثاً: أهمية تحديد مكان التحكيم الالكتروني:

بعد صدور حكم التحكيم والتقدم به إلى التنفيذ فإن الدولة المطلوب تنفيذه فيها سوف تثير شروط صحة ذلك الحكم وفقاً لأحكام قانون دولة مقر التحكيم، ثم إنه التزام تفرضه الاتفاقيات الدولية[٣]، والتشريعات الوطنية[٤]، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل في ظل التحكيم الالكتروني، عن كيفية تحديد مكان هيئة التحكيم؟

فمكان التحكيم من حيث الواقع العملي يلعب دوراً مهماً في العديد من المسائل من حيث كونه يتيح للأطراف أن يطلبوا الإجراءات الوقتية أمام محاكم هذا المكان وكذلك طلبات تعيين وعزل المحكمين، والأخطر من ذلك أن قانون دولة المكان يمكن أن يكون المرجع في تقرير صحة اتفاق التحكيم وكذلك صحة الإجراءات في حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون آخر لحكم هذه المسائل[٥]، كما تكون محكمة مقر التحكيم هي المختصة بنظر دعوى البطلان الموجهة ضد حكم التحكيم[٦]، وفقاً للعلاقة التبادلية بين التحكيم والقضاء[١].

---

(١) انظر حكم المحكمة الصادر في ٢٠٠٥/٥/٣٠م في القضية رقم ٥٧٠:

Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs 2005 QCCA 570, 30 MAI 2005 QCCA 570 (CanLII), available online: http://www.canlii.org.

(٢) وهو ما تشترطه أغلب التشريعات الالكترونية، من ذلك المادة ٣/١٠ من التوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الالكترونية. وسارت على نهجه التشريعات المتعلقة بالتجارة الالكترونية.

(٣) نذكر لذلك مثالاً المادة ٢/٣١ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

(٤) ولعل من المناسب هنا ضرب مثال لتلك التشريعات بالمادة ٢٨ والمادة ٣/٤٣ من قانون التحكيم التجاري المصري، والمادة ٤٨ من قانون التحكيم اليمني، والتي توجب على هيئة التحكيم أن تذكر في حكمها مكان إصدار الحكم.

(٥) انظر:

Isabelle Manevy: **Online dispute resolution: what future?**, Juriscom.net, 12 January 2002, p42, available online: http://www.juriscom.net/uni/mem/17/odr01.pdf.

(٦) راجع في ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص١٩٦.

ففي مجال التحكيم التقليدي Offline لا مُشَاحّة في أن ذلك يعد ميسوراً فإجراءاته تتم بطريقة مادية، بعكس التحكيم الالكتروني Online الذي يلقي بظلال من الشك حول فهم مكان التحكيم وتوطينه في إقليم جغرافي محدد، فشبكة الانترنت تنعدم فيها المسافات، وهو ما أوجد الفقه بصدده العديد من الاجتهادات.

فيرى البعض(٢) أن مكان التحكيم الالكتروني هو المكان الذي يوجد فيه المحكم بوصفه محور العملية التحكيمية، وقد قوبل هذا القول بالرفض انطلاقاً من أن فكرة مكان المحكم فكرة مضللة إذ ما المقصود بمكان وجود المحكم موطنه أم مكان تواجده أثناء نظر النزاع؟ وهل المعتد به هو مكانه عند بدء الإجراء أم مكانه عند صدور الحكم؟(٣).

أما البعض الآخر(٤) فقد اتجه إلى القول بأن الموقع الجغرافي لمزود الخدمة على شبكة الانترنت هو المكان الأنسب لمقر التحكيم الالكتروني، وهذا يتنافى مع طبيعة العلاقة بين مزودي الخدمة، الذين قد يتعددون في معاملة واحدة، والتحكيم الالكتروني الذي قد يكون غير مرتبط جغرافياً بمزود الخدمة أصلاً.

ويفضل البعض(٥) اعتبار مكان التحكيم هو المكان الذي يوجد فيه المقر المادي لمركز التحكيم الالكتروني، والذي سوف يكون معلناً على صفحة الموقع الخاص بالنزاع، إلا أن هذا القول فيه نظر، فليس كل موقع الكتروني يقدم خدمات التحكيم الالكتروني له موقع جغرافي معين على أرض الواقع، ثم أن الأهم من ذلك أن إجراءات التحكيم وسيره الكترونياً ليس بينها وبين المركز المادي أي علاقة في أغلب الأحوال، فلا تواجد مادي لأطراف النزاع ولا لهيئة التحكيم.

من هنا ذهب البعض(٦) إلى أبعد من ذلك فنادى بفكرة التحكيم غير المرتبط بمكان معين، فالتحكيم الالكتروني غير محدد في مكان معين. ومن ثم، فلا يرتبط بقانون مكان

---

(١) القاضي. مهيب معماري: رقابة قضاء البطلان على القرارات التحكيمية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) الذي نظمته كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ٣٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨م، ص٨٣٢.

(٢) في عرض هذا الرأي: د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٦٤.

(٣) د. حسام الدين فتحي ناصف: التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥م، ص٣٧.

(٤) د. محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٧٤.

(٥) انظر:

Isabelle Manevy: **Online dispute resolution: what future?,** op.cit, p.42.

(٦) د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٧٣٤.

معين، وهو ما يتعارض صراحة مع قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم وكذلك مع اتفاقية نيويورك وإن كان البعض قد نادى بضرورة تعديلها[(١)]. وقد بدى هذا واضحاً في المادة ١٠ من الإجراءات التكميلية لجمعية التحكيم الأمريكية حيث نصت على أنه" لطرفي التحكيم الاتفاق كتابة على مكان الحكم، مع ذكر المحكم لهذا المكان في الحكم..."[(٢)].

وأخيراً يرى بعض الفقه –وبحق- إعطاء إرادة الأطراف حق تركيز التحكيم الالكتروني في مكان معين[(٣)]. وفقاً لهذا الرأي، فإن الأطراف وحدهم من يستطيعون أن يحددوا مكان التحكيم مثله مثل القانون الواجب التطبيق وهو ما يتفق مع الواقع العملي في العديد من أحكام التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم[(٤)].

ويرى الباحث أن هذا الرأي يمكن الارتكان إليه، وذلك على أساس أن إرادة الأطراف هي محور أساسي في وجود التحكيم أو عدمه، وهي كذلك في القانون الواجب التطبيق ولا ضير من إعمالها في التحديد المكاني للتحكيم للاستفادة من المساندة التي يقدمها القضاء

---

(١) وقد لاقت الاتفاقية انتقادات عدة لكونها تشكل عقبة أمام الوسائل الالكترونية إلا أن تعديلها يصعب من حيث الواقع العملي ولذلك فإن الباحث يرى أن تفسيرها الموسع يكفي للحد من جمود تشددها في بعض المسائل وكذلك الدخول في قواعد سلوك تدعمها وتحقق من حدة قواعدها التي تتعارض وواقع التجارة الالكترونية.

(٢) ويجري نص هذه المادة على النحو التالي:

“ The parties may agree in writing upon the place of the award, and the Arbitrator shall designate this as the place of the award in the award. In the absence of such an agreement between the parties, the Arbitrator shall decid and shall designate the place of the award in the award”.

انظر القواعد التكميلية لجمعية التحكيم الأمريكية **AAA Online Arbitration Supplementary Procedures** متاحة على الرابط التالي: http://www.adr.org/sp.asp?id=22440&printable=true.

(٣) انظر:

Rafal Morek: **Online Arbitration: Admissibility within the current legal framework**, the Joint Research Center of the European Commission, p.40, available online: http://www.odr.info/Re%20greetings.doc.

(٤) للمزيد في الفقه العربي انظر أستاذنا الدكتور: عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٢٠٤، د. اشرف وفا محمد: عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٥٦، د. صلاح على حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٢٩٤، د. عماد الدين المحمدي: طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، مرجع سابق، ص١٢٥. وفي الفقه الأجنبي:

*Penda Ndiaye: **Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique**, op.cit, p.111.
*Arnold Vahrenwald: **Out-of-court dispute settlement systems for ecommerce**, The role of the Joint Research Centre of the EC, 2000, p.82. Available online: http://www.tbplaw.com/ data/part4.pdf.
*Isabelle Manevy: **Online dispute resolution: what future?,** op.cit, p.42.

للتحكيم، فكلّ منهم يدعم الآخر هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن الخوف من اللجوء إلى القوانين الوطنية في عدم مراعاتها قواعد التجارة الالكترونية أصبح في غير محله إذ إن التشريعات الوطنية بادرت بإجراء التعديلات- وإن كانت في بدايتها- اللازمة لمسايرة تلك القواعد الخاصة ويمكن الاتكاء عليها في الاعتراف بحكم التحكيم الالكتروني وتنفيذه.

أما في حال عدم اتفاق الأطراف على مكان التحكيم، فإن هيئة التحكيم هي من يتولى تحديد ذلك، بما يخدم مصالح الأطراف ويحمي توقعاتهم ويحقق سير العدالة(١) وهو ما أخذ به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة ١/٢٠ وقانون التحكيم المصري المادة ٢٨، وهو ما تأخذ به المادة ١٣ قواعد محكمة الفضاء التابعة لجامعة منتريال(٢)، وهو كذلك في المادة ١٠ من قواعد محكمة التحكيم الأمريكية.

وفي جميع الأحوال فإن مسألة التركيز المكاني لحكم التحكيم لن يقف حجر عثرة أمام التحكيم الالكتروني وازدهاره وانتشاره لكونه الوسيلة الأسرع والأنسب لمنازعات التجارة الالكترونية وذلك عند إعطاء الأطراف حق هذا التركيز أو قيام هيئة التحكيم بذلك الدور، ويحقق هذا القول فوائد مهمة أبرزها:

١. إن التحديد السابق بيانه لمكان حكم التحكيم يعطينا مكنة ربط التحكيم عبر الانترنت بقانون تحكيم دولة معينة. ومن ثم، فإن قانونها يستخدم على أنه القانون الواجب التطبيق للاعتراف بشرعية اتفاق وحكم التحكيم، وخصوصاً في حال عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق وفق نص المادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م وهو ما يتفق مع القانون النموذجي للتحكيم ١٩٨٥م في المادة ٣٦(٣).
وهو ما يساير نص المادة ١٣ من تنظيم محكمة الفضاء التابعة لجامعة مونتريال بكندا، هذا أيضاً ما تأخذ به جمعية التحكيم الأمريكية في المادة ١٠ من الإجراءات التكميلية

---

(١) انظر:

Li Hu: **Online Arbitration In China, paper work**, Proceedings of the Third Annual Forum on Online Dispute Resolution, The Forum on ODR was held in Melbourne, Australia, 5-6 July 2004, hosted by the International Conflict Resolution Centre at the University of Melbourne in collaboration with the United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP), p.3.

(٢) انظر قواعد المحكمة على الرابط التالي: http://www.cybertribunal.org

(٣) د. محمد إبراهيم موسى: التحكيم الالكتروني، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) الذي نظمته كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨م، ص١٠٨٠.

لجمعية التحكيم الأمريكية ، حيث نصت على أنه " لطرفي التحكيم الاتفاق كتابة على مكان الحكم، مع ذكر المحكم لهذا المكان في الحكم. وفي حال غياب مثل هذا الاتفاق، يتعين على المحكم تحديد مكان الحكم مع ذكره في الحكم".

٢. كما يساعد هذا القول في حل إشكالية إيجاد محكمة مختصة تساعد وتقدم العون لإجراءات التحكيم وتقوم بالإشراف على ذلك، فعلاقة التحكيم بالقضاء ليست منبتة الصلة وإنما هي علاقة تبادل. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٩٧/١٠/٢٨م التي اعتبرت أن مفهوم مقر التحكيم هو مفهوم قانوني بحت يترك تحديده للأطراف أو لهيئة التحكيم طبقاً للقواعد الواجبة التطبيق على التحكيم وليس مكاناً مادياً محدداً مثل مكان المرافعات أو المكان الذي جرى فيه توقيع الحكم(١).

خلاصة ما سبق: إن التحكيم الالكتروني قد لاقى رواجاً كبيراً وأصبح واقعاً معاشاً يسير في اتجاه الازدهار والتطور ولم تعد تلك الصعوبات التي واجهته في بادئ الأمر تمثل عقبة أمام نمائه وتطوره فهو الوسيلة المثلى لحل منازعات التجارة الالكترونية.

وقد عمدت العديد من الدول إلى الاعتراف بالتحكيم الالكتروني من خلال التعديل في تشريعاتها، كما اعترف القضاء بتلك الأحكام الصادرة عنه كونه وسيلة من وسائل فض المنازعات التجارية والمدنية. ومن ثم، فإن الخوف منه قد انقشع وليس أمام تلك الدول التي مازالت لم تنظم معاملات التجارة الالكترونية ومعه التحكيم الالكتروني إلا السير في مواكبة تطورات العصر واستغلال التقنية الحديثة ووضع التشريعات الملائمة التي تخدم تلك التجارة وتطورها وازدهارها، كيف لا وهي الوسيلة الفعالة لتنمية المجتمعات.

ومن هنا، فإن الباحث يرى ضرورة وضع قانون نموذجي يحكم التحكيم الالكتروني ويوحد قواعده على المستوى الدولي والعالمي، مع الاستفادة من قواعد التحكيم التقليدي والاتفاقيات المنضمة له، والأخذ في الحسبان خصوصية التحكيم الالكتروني.

---

(١) حيث وردت عبارات الحكم على النحو التالي:

Cass, 1 Ère civ, 28 octobre 1997 *"the seat of arbitration is a purely legal concept, which has important consequences, notably concerning the jurisdiction of national courts regarding appeals for annulment; (the choice of the seat) depends on the will of the parties, it is not a physical concept which depends on the place where the hearings took place or the place where the award was signs, places which can vary according to the fancy and clumsiness of arbitrators"*, at, Isabelle Manevy: **Online dispute resolution: what future?**, op.cit, p.42.

المطلب الثالث
آلية التحكيم الالكتروني

في بيان الآلية التي تسير عليها عملية التحكيم الالكتروني Arbitration Online، سوف نسير في بيان تلك الآلية من خلال المسح العام للقواعد المنظمة للمراكز التي تعمل في مجال التحكيم الالكتروني، أو بمعنى أدق تقدم خدمات التحكيم عبر الانترنت، ولن نخوض في تفاصيل تلك الهيئات والمؤسسات إذ هذا ليس موضوع بحثنا وإنما نمر على الإجراءات المستقرة في التحكيم عند تلك الهيئات.

حتى يختص مركز من المراكز التي تقدم خدمات التحكيم الالكتروني بنظر نزاعٍ ما، لا بد وأن يكون هناك اتفاق بين طرفي النزاع يمنحه سلطة الفصل في ذلك النزاع محل الاتفاق، وذلك بحكم أن إرادة الأطراف هي المحرك الرئيسي لاختصاص مركز التحكيم(١)، فإذا ما وجد مثل هذا الاتفاق، فإن المركز يقوم بالتواصل مع أطراف النزاع وإدارته عبر الوسائل الالكترونية لينتهي إلى إصدار الحكم، وهو ما سوف نوضحه بالقدر اللازم ليتوافق مع الدراسة وسوف نراعي قواعد محكمة الفضاء cyber tribunal التابع لمركز الدراسات التابع لجامعة مونتريال بكندا لكونها تشكل نموذجاً في بيان هذه الآلية(٢)، مع المقارنة بينهما وبين مشروع القانون النموذجي الخاص بالتحكيم الالكتروني في منازعات المستهلكين لرابطة الدول الامريكية.

وبذلك فإننا سوف نقسم قواعد محكمة الفضاء من حيث كيفية تشكيل هيئة التحكيم(المحور الاول)، وماهو نظام عمل المحكمة؟(المحور الثاني)، وصولاً لصدور حكم محكمة الفضاء(المحور الثالث)، وأخيراً ننتهي بتقييم نظام المحكمة بالنسبة للمستهلك الاكتروني(المحور الرابع)، وذلك على النحو التالي:

---

(١) انظر:

Thomas Schultz, Gabrielle Kaufmann-kohler, dirk langer and Vincent bonnet: **Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues**, E-Com Research Project of the University of Geneva, Geneva, 2001, p.55, availabl online: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=899079.

(٢) انظر قواعد محكمة الفضاء متاحة على الرابط:

http://www.cybertribunal.org.

المحور الأول: تشكيل هيئة تحكيم محكمة الفضاء The Arbitral Tribunal

تتشكل هيئة المحكمة من عدد من المحكمين، وتحدد اللائحة واجباتهم، واجراءات ردهم، واستبدالهم، في حال تطلب الأمر ذلك، نوضح ذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً: تعيين المحكمين Appointment Arbitrators

تتكون هيئة المحكمة من محكم وحيد أو من لجنة مكونة من ثلاثة محكمين(١)، يتم تسميتهم من قبل سكرتارية المحكمة(٢)، وفي حال كان المحكمون أكثر من واحد فإنهم يختارون من بينهم رئيساً لهم، فإن لم يتفقوا على الاختيار تولت أمانة السر اختيار رئيس المحكمة بنفسها(٣)، وتتولى سكرتارية المحكمة تزويد المحكمين أعضاء المحكمة بكلمة سر للقضية التي سوف ينظرون فيها على موقع المحكمة في شبكة الانترنت(٤)، والتي سوف تكون فيما بعد همزة وصل بين المحكمين والأطراف.

ثانياً: واجبات واستقلال المحكمين Independence and duties

عند تعيين المحكمين تحرص سكرتارية المحكمة أن يكونوا مستقلين عن أطراف النزاع الذي سوف ينظرونه، وهو ما تؤكده المادة ١/٩ من قواعد محكمة الفضاء التي تلزم المحكم قبل قبوله لمهمته في الفصل في الدعوى، التأكيد على استقلاليته ونزاهته بإخطار أمانة السر عن كل ما من شأنه إثارة شكوك حول حيدته أو استقلاله(٥)، ويشمل ذلك أي مصلحة مالية أو شخصية في نتيجة التحكيم أو أي علاقة قديمة أو حالية مع الأطراف أو ممثليهم(٦)، وعلى أمانة السر أن تنشر ذلك على موقع المحكمة على شبكة الانترنت(٧)، وفي حال قبول المحكم لأداء مهمته التحكيمية في الدعوى المنظورة فإن عليه الالتزام بالسير وفق قواعد المحكمة(٨).

---

(١) المادة الثانية الفقرة الثالثة من لائحة محكمة الفضاء.

(٢) المادة الثامنة الفقرة الأولى من اللائحة. وهو ما استقر عليه مشروع القانون النموذجي في المادة ٦.

(٣) المادة الثامنة الفقرة الثانية من اللائحة.

(٤) المادة الثامنة الفقرة الثالثة من اللائحة.

(٥) إذا إن أي شك في استقلال المحكم من شانه ان يؤثر على عدالة الاجراءات أثناء سير الخصومة، ومن ثم الاخلال بمبدأ المساواة بين الخصوم، وهو ما يؤثر في القرار التحكيمي في نهاية المطاف حيث يجعله عرضة للالغاء، للمزيد انظر:
Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.10&118.

(٦) المادة السادسة من مشروع القانون النموذجي.

(٧) المادة التاسعة الفقرة الثانية من اللائحة.

(٨) المادة التاسعة الفقرة الثالثة من اللائحة.

ثالثاً: رد المحكم Challenge Arbitrator

إذا تبين بعد قبول المحكم لأداء مهمته في الدعوى أن هناك من الحقائق والظروف التي تدعو إلى التشكيك في نزاهته وحيدته فإن من حق الأطراف التقدم بطلب إلى أمانة سر المحكمة لرد هذا المحكم، وهو ما نظمته المادة العاشرة من قواعد المحكمة، حيث أوجبت على الطرف الذي يطلب رد المحكم التقدم بطلبه خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ تعيين المحكم، أو علم الأطراف بالظروف المبررة للرد، ولا يجوز قبول الرد بعد إنتها تلك المهلة[١]، على أن تكون أسباب الرد جدية وقائمة على دليل، وإلا فلن ينظر اليها[٢]، وتتولى أمانة السر فحص طلب الرد بعد السماح للأطراف والمحكمين بإبداء تعليقاتهم على ذلك، ويكون قرار الأمانة في ذلك نهائياً، لا يجوز التظلم منه أو الطعن عليه[٣].

أما مشروع القانون النموذجي فقد رأى أن يكون رد المحكم أو استبداله يتم وفقاً لما جرى عليه إتفاق الأطراف المتنازعة، أو وفقاً لما تقتضيه قواعد القانون الواجب التطبيق على الاجراءات، وفق نص المادة السابعة من المشروع.

رابعاً: إستبدال المحكم Replacement

بعد فحص أمانة السر الاعتراضات التي قدمها الأطراف على المحكم أو ظهور وقائع تؤثر على نزاهة وعدالة المحكم، وفق القواعد التي نصت عليها المادة ١٠، تأتي المادة ١١ من اللائحة لتوضح حالات استبدال المحكم بآخر وذلك في فقراتها المختلفة:

١. إذا لم يفِ المحكم بالواجبات المقررة بمقتضى قواعد المحكمة[٤]، أو لأي سبب من الأسباب، كعدم توافر شرطي الحيدة والاستقلال.

٢. إذا تنحى المحكم لوجود سبب من أسباب الرد، أو قدم استقالته لأي سبب آخر، وقبلتها أمانة السر[٥].

٣. إذا كان هناك شاغر في هيئة المحكمة، كتغيب المحكم، تقوم أمانة السر بتعيين محكم جديد في أقرب وقت ممكن[٦].

٤. إذا حدث أمر طارئ بعد غلق باب المناقشة في الدعوى، وكان المحكم غائب ولم يستطع الحضور، فإن لأمانة السر بعد دعوة باقي أعضاء هيئة التحكيم وأطراف

---

(١) المادة ١٠ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٢) المادة ١٠ الفقرة الاولى من اللائحة.

(٣) المادة ١٠ الفقرة الثالثة من اللائحة.

(٤) المادة ١١ الفقرة الاولى من اللائحة.

(٥) المادة ١١ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٦) المادة ١١ الفقرة الثالثة من اللائحة.

الخصومة، أن تقرر استكمال السير في الخصومة وإصدار الحكم[(١)]، وهنا الفرض أن هيئة التحكيم أكثر من واحد، أما إذا كان محكم وحيد فالبادي أن أمانة السر ترجع للنصوص السابقة لتعيين محكم جديد.

وفي جميع الأحوال فإن تعيين المحكم الجديد قد تخلله وقف سير الدعو، مما يعني أن على هيئة التحكيم بتشكيلتها الجديدة أن تقرر الطريقة التي يجب مواصلة الإجراءات بها وابلاغ الأطراف بذلك[(٢)].

المحور الثاني: آلية سير الدعوى أمام محكمة الفضاء

يمثل هذا المحور الآلية التي تسير عليها محكمة الفضاء ابتداءً ببدء الإجراءات أمامها وكيفية إدارة الجلسات، والمواعيد الإجرائية التي تنظم عمل المحكمة، ولغة الإجراءات، ومقر التحكيم ونظام الإثبات المتبع أمام المحكمة، ونفصل ذلك على النحو التالي:

أولاً: بدء الإجراءات أمام محكمة الفضاء Proceedings

تبدأ الإجراءات من لحظة تقديم الطلب من قبل الأطراف إلى أمانة السر وذلك وفق استمارة معدة خصيصاً لذلك[(٣)(٤)]، والتي يمكن الحصول عليها من موقع المحكمة على شبكة الانترنت[(٥)]، وتتضمن هذه الاستمارة جملة من البيانات[(٦)]:

١. أسماء الأطراف كاملة وعناوين البريد الالكتروني لكل طرف ووظائفهم.

٢. بيان طبيعة النزاع وظروفه.

٣. الأدلة والمستندات التي يستند إليها كلّ منهما في ادعائه.

٤. الغرض من طلب التحكيم وطبيعة الحكم المطلوب.

٥. اتفاق التحكيم بين الأطراف.

٦. عدد المحكمين وأسماؤهم وصفاتهم، ولغة التحكيم، ومكان التحكيم.

---

(١) المادة ١١ الفقرة الرابعة من اللائحة.

(٢) المادة ١١ الفقرة الخامسة من اللائحة.

(٣) المادة الخامسة الفقرة الاولى من اللائحة.

(٤) أما مشروع القانون النموذجي فقد إعتبر أن الدعوى تبدأ بواسطة المستهلك خلال سنة من حدوث الوقائع التي أدت إلى قيام النزاع، وذلك بتسليمها كتابة إلى البائع والمحكم أو أي سلطة أخرى يرغب في اللجوء إليها لحل النزاع، المادة ١/٥

(٥) المادة الخامسة الفقرة الثانية من اللائحة.

(٦) انظر الاستمارة المعدة لذلك من خلال موقع المحكمة، ويوجد نموذج منها في الملحق شكل رقم(٢).

٧. أي ملاحظات أو معلومات مفيدة لسير التسوية.

٨. وأخيراً يجب أن يوضح في الاستمارة تاريخ تقديم الطلب، ويعد تاريخ تقديم الطلب هو تاريخ بدء الاجراءات[١].

وعقب تقديم الطلب تقوم أمانة سر المحكمة الفضائية بفحص الطلب والتأكد من مدى استيفائة للبيانات المطلوبة، ثم تقوم بعد ذلك بإعلان المدعى عليه بالطلب وتاريخ تقديمه بواسطة البريد الالكتروني الذي جاء في استمارة طلب الدعوى المقدمة من المدعي[٢]، ويعتبر المدعى عليه قد علم بالطلب منذ تاريخ تسلمه للاعلان المرسل إليه من قبل أمانة السر[٣]. ويتم التواصل بين المدعى عليه وأمانة سر محكمة الفضاء بأي وسيلة من وسائل الاتصال الأخرى، من أجل إبلاغة بأي إجراء متعلق بالدعوى، وذلك بعد تحقق علم المدعى عليه بوجود الدعوى أمام محكمة الفضاء[٤]. أما المشروع فقد نص على أن يجب على المستهلك أن يسلم البائع نسخة من طلب اللجوء إلى التحكيم وتبليغ البائع بذلك من خلال البريد الالكتروني أو وفقاً لما جرى عليه اتفاق الطرفين، وفق نص المادة ١/٥.

وعلى المدعى عليه أن يقدم دفاعه وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم الإخطار من أمانة السر أو من تاريخ رفض الخضوع لإجراءات الوساطة[٥]، ويكون الرد وفق نموذج معد لذلك[٦]، المعروض على موقع المحكمة على شبكة الانترنت، ويكون متضمناً البيانات التالية:

١. الاسم الكامل للمدعى عليه وعنوانه البريدي العادي والالكتروني.

٢. تعليقاته على طبيعة النزاع وظروفه.

٣. الرد على الغرض من طلب التحكيم وطبيعة الحكم المطلوب.

٤. قائمة بالأدلة التي يستند إليها المدعى عليه في دحض دعوى المدعي.

٥. أي معلومات أخرى تكون مفيدة لسير النزاع.

---

(١) وهنا يكاد يتفق المشروع مع قواعد المحكمة في البيانات التي يجب أن يتظمنها الطلب، المادة ١/٥.

(٢) المادة السادسة الفقرة الأولى من اللائحة.

(٣) المادة السادسة الفقرة الثانية من اللائحة.

(٤) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٣١٥.

(٥) المادة السابعة الفقرة الأولى من اللائحة.

(٦) انظر الإستماة المعدة للرد على الدعوى من خلال موقع المحكمة، ويوجد نموذج منها في الملحق شكل رقم (٣).

وهنا نجد أن مشروع القانون النموذجي قد قرر أن على البائع أن يرد كتابة على دعوى المستهلك ويجب أن يسلم رده ذلك إلى المستهلك أو المحكم خلال ٢٠ يوماً من تاريخ تسلمه دعوى المستهلك، المادة ٢/٥، ويجب أن يبدأ التحكيم بعد انقضاء هذه المدة حتى ولولم يقدم البائع رداً على الدعوى، المادة ٣/٥ من المشروع.

وللمدعى عليه الحق في تقديم طلبات مقابلة للطلب الأصلي[١]، سواءً في مذكرته الاصلية التي اشتملت على الرد على طلبات المدعي، أو في أي وقت لاحق أثناء سير الاجراءات، بالاتفاق مع هيئة التحكيم، على أن يرفق بهذا الطلب النفقات الخاصة به. وترجع العلة في ذلك إلى مبدأ المساواة بين الخصوم، حيث يتاح فرص متكافئة لكل واحد منهم في عرض إدعاءاته، ويمثل الطلب الذي يتقدم به المدعى عليه طلباً مستقلاً يتحمل المدعي فيه إثبات كل ما ورد به من وقائع وظروف[٢].

ويكون تبادل الرسائل الكتابية فيما بين أمانة السر وهيئة التحكيم عن طريق الاستمارات المعدة لذلك، والموجودة على شبكة الانترنت[٣]، على أن المراسلات المكتوبة والإخطارات التي تكون بين الأطراف وأمانة سر هيئة التحكيم يتم تبادلها من خلال نظام المراسلة الخاص بالقضية على موقعها على شبكة الانترنت[٤]، حيث يعطى كل طرف كلمة سر تمكنه من الولوج الى موقع القضية وتبادل البيانات والاخطارات من خلال ذلك[٥].

ثانياً : جلسات الاستماع أمام هيئة التحكيم Hearings

بعد فحص ملف الدعوى وطلبات الأطراف، للمحكمة أن تقرر سماع الشهود أو الخبراء المختارين من قبل الأطراف[٦]، ولها في سبيل ذلك استخدام كل وسيلة معقولة ومناسبة، في سبيل تحقيق سرعة الفصل في النزاع[٧]، كأن تعقد جلساتها عبر الفيديو كنفرنس أو عبر البريد الالكتروني أو أي وسيلة من وسائل الاتصال التكنولوجية الأخرى[٨]، على أن هذه

---

(١) المادة السابعة الفقرة الثانية من اللائحة.

(٢) انظر في ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص١٨٣.

(٣) المادة الرابعة الفقرة الاولى من اللائحة.

(٤) المادة الرابعة الفقرة الثانية من اللائحة.

(٥) المادة الثانية الفقرة (ه) من اللائحة.

(٦) المادة ٢١ الفقرة الأولى من اللائحة.

(٧) المادة ٢١ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٨) المادة الثامنة الفقرة الثانية من مشروع القانون النموذجي.

الجلسات تعقد حتى ولو رفض أحد الأطراف المشاركة فيها[١]، وإذا أراد أحد الأطراف إضافة جلسة فإنه يجب أن يدفع تكاليف الاتصال للمحكم[٢]. ولهيئة التحكيم أن تأمر بجلسة حضورية لأطراف الخصومة إلا انها غير ملزمة بذلك في جميع الأحول[٣].

ولهيئة التحكيم اتخاذ أي تدابير أو إجراءات مؤقته قد تراها ضرورية لحل أي خلاف بين أطراف الخصومة[٤]، على أن الطلب الموجه للمحكمة التحكيمية بشأن الإجراءات المؤقته، لا يجب اعتباره عدولاً أو انتهاكاً لا تفاق التحكيم[٥].

وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى، يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب أو تسمح للأطراف تقديم أي مستندات اضافية قد ترى أنه من اللازم تقديمها لحسن سير الدعوى[٦]، على أن تقوم هيئة المحكمة وقبل قفل باب المرافعة بدعوة الاطراف لتقديم طلباتهم الختامية[٧]، على أن يكون ذلك وفقاً لمبدأ المساواة بين أطراف النزاع، فإذا ما إطمانت المحكمة إلى أن الأطراف قد أخذوا فرصتهم الكاملة في تقديم مالديهم، تقفل باب المرافعة في الدعوى[٨]، تمهيداً لإصدار الحكم.

ثالثاً: المواعيد أمام محكمة الفضاء Deadlines

إذا كانت قواعد محكمة الفضاء قد حددت تاريخ بداية الدعوى بالتاريخ الموجود في استمارة الطلب المقدم من المدعي[٩]، فإنها ايضاً تعطي أمانة سر الهيئة التحكيمية إطالة والتأجيل في الدعوى متى كان ذلك ضرورياً لحسن سير الدعوى[١٠]، على أن على هيئة

---

(١) المادة الثامنة الفقرة الثالثة من مشروع القانون النموذجي.

(٢) المادة ٨ /٢ من المشروع، على أن المذكرة التوضيحية في تعليقها على هذا النص ترى أنه يجوز للمحكم أن يطلب من البائع أن يتحمل نفقات هذه الجلسات، وذلك من أجل التيسير على المستهلك.

(٣) المادة ٢١ الفقرة الثالثة من اللائحة.

(٤) المادة ١٨ الفقرة الأولى من اللائحة.

(٥) المادة ١٨ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٦) المادة ٢١ الفقرة الرابعة من اللائحة.

(٧) المادة ٢١ الفقرة الخامسة من اللائحة.

(٨) المادة ٢٢ من اللائحة.

(٩) المادة الخامسة الفقرة الثانية من اللائحة.

(١٠) المادة الثالثة الفقرة الأولى من اللائحة.

التحكيم أن تبلغ أمانة السر بالموعد الجديد، ويرجع هذا الالتزام إلى ضرورة إتاحة الفرصة أمام أمانة سر المحكمة من أجل إخطار ذوي الشأن بذلك[١].

وفي المقابل فإن للمحكمة التحكيمية الحق في تقصير هذه المدد، على أن تخطر أمانة السر بذلك[٢]، والتي بدورها تقوم بإبلاغ أطراف النزاع بذلك. وفي جميع الأحوال، لايبدأ سريان هذه المواعيد إلا من اليوم التالي للإبلاغ بهذا التعديل الجديد[٣]. ويجري احتساب المواعيد المذكورة باللائحة بالأيام[٤].

رابعاً: لغة الاجراءات Language of Procedures

في تحديد لغة الإجراءات التي تسير عليها هيئة التحكيم، تقوم الهيئة التحكيمية بتحديد لغة الإجراءات، مراعيةً في ذلك لغة العقد المتنازع عليه وجميع الظروف الأخرى التي تتصل بالدعوى[٥]، ولعل هذا التحديد أيضاً يأتي مراعياً للغة التي حددها الأطراف في طلبهم المقدم إلى المحكمة، حيث يوجد بند في تلك الاستمارة متعلق باللغة الواجب اتباعها في سير إجراءات الخصومة[٦]. وهو ما سار عليه مشروع القانون النموذجي بشأن التحكيم الالكتروني، حيث اعتبر أن لغة العقد هي لغة التحكيم وأن أي نزاع حول اللغة المستعملة في العقد فإن لهيئة التحكيم الفصل في ذلك[٧].

خامساً: مقر التحكيم Seat of arbitration

تحدد لائحة محكمة الفضاء كيفية تحديد مقر التحكيم باعتباره المقر القانوني للتحكيم، وذلك في المادة ١٣ منها، حيث ألزمت المحكم بمكان محدد لمتابعة إجراءات سير القضية[٨]، أما إذا كانت هيئة التحكيم لم تتشكل بعد، فإن لأمانة سر المحكمة وبناءً على طلب الأطراف أن تحدد مكاناً مؤقتاً ليكون مقراً للتحكيم[٩]، على أن تقوم هيئة التحكيم

---

(١) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٣١٧.

(٢) المادة الثالثة الفقرة الثانية من اللائحة.

(٣) المادة الثالثة الفقرة الثالثة من اللائحة.

(٤) المادة الثالثة الفقرة الرابعة من اللائحة.

(٥) المادة ١٢ من اللائحة.

(٦) راجع في ذلك البيانات التي يجب مراعاتها عند تقديم الطلب وفقاً للنموذج المعد لذلك.

(٧) المادة ١١ من مشروع القانون النموذجي.

(٨) المادة ١٣ الفقرة الأولى من اللائحة.

(٩) المادة ١٣ الفقرة الثانية من اللائحة.

باتخاذ قرارها النهائي بشأن تحديد مقر التحكيم، مراعيةً في ذلك ظروف الدعوى ورغبات الأطراف[١].

سادساً: سرية إجراءات التحكيم Confidential of Arbitration

عند بدء الإجراءات يجري تعيين موقع ويب خاص بالقضية على شبكة الانترنت Case Site، بحيث يجمع جميع الوثائق المتعلقة بالإجراءات، والأدلة التي يقدمها أطراف النزاع، والاتصالات التي تجري بين المحكمين وأطراف النزاع، والإخطارات التي تقوم بها أمانة سر هيئة التحكيم، ويجري تحديد إسم المستخدم وكلمة السر لهذا الموقع والتي تعطى لأطراف النزاع وهيئة التحكيم وفق الفقرة الأخيرة من المادة الثانية، ثم تأتي المادة ١٩ من اللائحة لتزيد الأمر وضوحاً، حيث ألزمت بنشر جميع الوثائق والمسندات ذات الصلة بالدعوى على موقع القضية على شبكة الانترنت[٢].

وتعتبر جميع البيانات المنشورة على موقع القضية سرية لا يجوز الكشف عنها أو الإطلاع عليها إلا ممن يملكون مفتاح الدخول إلى هذا الموقع[٣]، وهو أمانة السر وهيئة التحكيم والأطراف، على أن يلتزموا جميعاً بالمحافضة على سرية البيانات من خلال الدخول المنتظم على موقع القضية، ويجب على أمانة السر أن تنبه هيئة المحكمة والأطراف بكل جديد يطرأ على موقع القضية[٤].

سابعاً: قواعد الإثبات أمام محكمة الفضاء Rules of Evidence

تعطي المادة ٢٠ من لائحة محكمة الفضاء للأطراف حرية الإثبات أمام هيئة التحكيم، فهي بذلك لا تقيدهم بوسائل أو منهج معين للإثبات. ومن ثم، فللأطراف وطوال سير الإجراءات، حرية إثبات إدعاءاتهم بكل ما يرونه مناسباً لسير الدعوى التحكيمية[٥]، بما في ذلك اتفاقهم على طريقة معينة في الإثبات[٦].

كما أجازت اللائحة لأمانة السر أو هيئة التحكيم، أن تطلب من الأطراف في أي لحظة أثناء سير الخصومة، تقديم نسخة أصلية من المستندات المقدمة من الأطراف في شكل

---

(١) المادة ١٣ الفقرة الثالثة من اللائحة.

(٢) المادة ١٩ الفقرة الأولى من اللائحة.

(٣) المادة ١٩ الفقرة الثالثة من اللائحة.

(٤) المادة ١٩ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٥) المادة ٢٠ الفقرة الأولى من اللائحة.

(٦) وهذا الموقف يتطابق مع نص المادة ٣،٤/٨ من مشروع القانون النموذجي.

الكتروني، في هيئة ورقية[١]، وقد انتقد بعض الفقه[٢] مسلك اللائحة من ذلك حيث جمعت في إعطاء هذا الحق لهيئة المحكمة وأمانة السر معا في آن واحد، فإذا كان ذلك مقبولاً بالنسبة لهيئة المحكمة بكونها تمثل قاضياً، إلا أنه غير مقبولٌ بالنسبة لأمانة السر فهي هيئة تنظيمية وليست قضائية.

ثامناً: القواعد الواجبة التطبيق Rules of Law applicable to the substance

في القواعد واجبة التطبيق على الإجراءات فإنها تخضع لسلطة المحكمة، حيث لا يوجد قانون إجرائي رسمي يطبق في هذا الشأن[٣]، وفي جميع الأحوال يجب على هيئة المحكمة السير في الإجراءات بطريقة منصفة ونزيهة، بحيث تضمن إتاحة الفرصة لكل واحد من الأطراف وبطريقة عادلة لعرض قضيتهم والاستماع إليهم بشكل كاف[٤].

وتعني عدالة الإجراءات في هذه الحالة ثلاثة مبادئ[٥]: المساواه في المعاملة equal treatment، والعقلانية في اتخاذ القرار a rational approach to decision-making، والفاعلية effectiveness المتمثلة في مكنة الفرص المتكافئة لأطراف النزع في الإجراءات[٦].

أما القواعد الواجب تطبيقها على موضوع النزاع، فإن المادة ١٥ من لائحة محكمة الفضاء، قد تركت للأطراف حرية اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، وتلتزم المحكمة بتطبيقه، على أنه إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإن على هيئة المحكمة تطبيق القواعد القانونية التي تراها مناسبةً لتطبيقها على النزاع[٧]، وهي في ذلك تراعي جميع الاعتبارات التي أحاطت بالعقد وشروطة والعادات والأعراف السائدة في مثل موضوع النزاع[٨]، ويجوز للمحكمة أن تطبق قواعد العدل والإنصاف أذا أعطاها الأطراف ذلك الحق[٩].

---

(١) المادة ٢٠ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٢) انظر أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٢٢١.

(٣) المادة ١٤ الفقرة الأولى من اللائحة.

(٤) المادة ١٤ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٥) انظر في ذلك:
Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.5.

(٦) انظر الشكل رقم (١) في الملحق.

(٧) المادة ١٥ الفقرة الأولى من اللائحة.

(٨) المادة ١٥ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٩) المادة ١٥ الفقرة الثالثة من اللائحة.

المحور الثالث: حكم هيئة التحكيم Award

بعد قيام هيئة التحكيم بغلق باب المرافعة، تمهيداً لصدور الحكم في النزاع المعروض عليها، فإن على هيئة المحكمة أن تحدد موعداً للنطق بالحكم[(١)]، ويجوز لأمانة السر أن تمد الموعد إذا ما رأت أن هناك ضرورة تبرر ذلك[(٢)]، ويصدر حكم هيئة التحكيم بالأغلبية في حال تعدد المحكمين، أما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم وحيد، فإنه يتولى إصدار الحكم بمفرده[(٣)].

وعند صدور الحكم، فإنه يجب أن يكون مسبباً[(٤)]، وأن يكون موقعاً ممن أصدره، بالتوقيع الالكتروني للمحكمين، وأن يشار فيه إلى التاريخ الذي صدر فيه[(٥)]، وتتولى السكرتارية نشر الحكم على موقع القضية وتبلغ الأطراف به بكل وسيلة اتصال ممكنة وفعالة بعد احتساب المصروفات[(٦)]. وفي هذه الحالة يكون حكم المحكمة نهائياً وغير قابل للاستئناف[(٧)].

وعلى كلٍ، فإنه في حال وقوع خطأ في الحكم فإنه يكون للمحكمة من تلقاء نفسها أن تصحح هذا الخطأ وفي مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق بالحكم[(٨)]، كما يجوز لأحد الأطراف تقديم طلب تصحيح الحكم، على أن يجري تقديم الطلب إلى أمانة السر خلال سبعة ايام فقط من تاريخ إعلان الحكم، وتمنح المحكمة الطرف الآخر سبعة ايام مقابلة، حتى يتمكن من ارسال أي تعليق على طلب الطرف الأول لتصحيح الحكم، على أن تلتزم المحكمة بإبلاغ قرارها في طلب التصحيح لأمانة سر المحكمة[(٩)]، ويعتبر القرار المصحح جزءاً من الحكم الأصلي[(١٠)].

---

(١) المادة ٢٣ الفقرة الأولى من اللائحة.

(٢) المادة ٢٣ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٣) المادة ٢٤ من اللائحة.

(٤) المادة ٢٥ الفقرة الثانية من اللائحة.

(٥) المادة ٢٥ الفقرة الثالثة من اللائحة.

(٦) المادة ٢٥ الفقرة الرابعة من اللائحة.

(٧) المادة ٢٥ الفقرة الخامسة من اللائحة.

(٨) المادة ٢٦ الفقرة الأولى من اللائحة.

(٩) المادة ٢٦ الفقرة الثانية من اللائحة.

(١٠) المادة ٢٦ الفقرة الثالثة من اللائحة.

أما في مشروع القانون النموذجي فقد نص المشروع على أنه يجب على المحكم أن يصدر حكمه خلال ٤٥ يوما من تاريخ قبوله للمهمة التحكيمية، المادة ١/٩، ويتم صدور الحكم كتابة، المادة ٢/٩، ويجوز أن يشتمل هذا الحكم على تحديد مبلغ التعويض الذي يتحمله البائع، وفي جميع الأحوال لا يجوز للمحكم أن يحكم على المستهلك بمبالغ تعويضية، المادة ٣/٩ من المشروع.

وفي الحجية التي يكتسبها حكم التحكيم الالكتروني فقد قررت المادة ٤/٩ من المشروع أنه يجب أن يكون حكم التحكيم نهائياً وملزماً لأطرافه ولا يجوز الطعن عليه متى كانت قيمة النزاع تصل إلى الف دولار أمريكي أو ما يعادلها. ثم تأتي الفقرة الأخيرة من المادة ٥/٩ لتنص على ان للأطراف الاتفاق على جواز الطعن في الحكم أمام القضاء المختص. وعلى كلٍ، يجب على الأطراف أن يقدموا أسباب الطعن خلال عشرة أيام، وفق المادة ١/١٠ من المشروع.

<u>المحور الرابع: تقييم التحكيم الالكتروني بصفة عامة</u>

يذهب جانبٌ من الفقه إلى أن التحكيم الالكتروني الذي يعتمد في تشغيله على أدوات وآليات الكترونية، تختلف عن تلك التي يقوم عليها التحكيم التقليدي، يعد غير فعالٍ من حيث تنفيذ ما ينتج عنه من أحكام. فهو نظام ابتدعته بعض المراكز العلمية بعيداً عن السلطات العامة[١]. ومن ثم، فإن المحاكم الوطنية غير ملزمة بتطبيق الأحكام الصادرة عن مثل هذه المراكز لأنها لا تطبق سوى قوانينها الوطنية والاتفاقيات الدولية التي التزمت بتنفيذها[٢].

بينما يرى غالبية الفقه[٣] أن الأحكام التي تصدر عن مراكز التحكيم الالكتروني، تكتسب كمثيلتها من أحكام التحكيم التقليدية حجية الأمر المقضي، حيث إن أحكام التحكيم بصفة عامة لا تصلح للتنفيذ إلا بعد اكتساب الصيغة التنفيذية من المحكمة الوطنية التي يجري التنفيذ على أراضيها، ومن ثم لافرق في التحكيم التقليدي والتحكيم الالكتروني، وهذا الأخير قد أصبح واقعاً مفروضاً وتم دعمه بطريقة أو بأخرى سواءً في التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية[٤].

---

(١) في عرض هذا الرأي انظر: د. أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي، مرجع سابق، ص٦٦

(٢) المرجع السابق نفس الموضع.

(٣) انظر في ذلك أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٣٤٣.

(٤) د. صلاح علي حسين: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٣١٥

وهذا ما نلاحظه من خلال سعي الدول الأمريكية في تقنين وضع التحكيم الالكتروني من خلال القانون النموذجي السابق المتعلق بالتحكيم الالكتروني، حيث جاء في مذكرته الايضاحية أن على سلطات الدول الأعضاء أن تقوم بالدعم الفعال لاستعمال هذه الإجراءات بإعداد قائمة محكمين لتلقي المنازعات التي تقدم بناء على هذه القواعد، وبالإعداد لإحالة هذه المنازعات إلى المحكمين للنظر فيها، كما أوصت الدول على أن تضع من الحوافز الكفيلة بتشجيع البائع على تنفيذ الأحكام الصادرة عن التحكيم الالكتوروني[(١)] .

وهو ما جاء في التوجيه الاوربي رقم ٢٠٠٠/٣١ الخاص بالتجارة الالكترونية، فقد حث الدول الأعضاء على تبني مثل هذه الوسائل وتنظيمها والإعترف بما تفرزه على أرض الواقع، ولا شك أن ذلك الأمر قد لاقى قبولاً لدى المؤسسات الحكومية والخاصة التي تُعنى بتطوير التجارة الالكترونية وآلياتها[(٢)] .

وواقع الأمر أن مخرجات التجارة الالكترونية، بشتى صورها، تخطت مراحل متقدمة من حيث الاعتراف بها، وقد كان ذلك من المشرع نفسه من خلال قوانين التجارة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني، أو من خلال الاتفاقيات الدولية[(٣)]، كاتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، ولكن يبقى للمشرع العربي الاطلاع بدوره والبعد عن الرهبة من هذه الوسائل الحديثة، والسير في تنظيمها ووضع القواعد التي تكفل سير الحياة اليومية لأفراد المجتمع، ومن جملتها تسوية المنازعات بالطرق الالكترونية.

---

(١) انظر هذه النصوص وغيرها في ملاحق هذا البحث، ص٣٧٨.

(٢) ولعل من المناسب هنا إعادة ذكر نص المادة ١/١٧ من التوجيه حيث يجري نصها على أن " تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الالكتروني وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات"، وهو ما عادت وأكدت عليه الفقرتين الثانية والثالثة من ذات المادة. سبق الإشارة إليها.

(٣) انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.145, Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.245.

المبحث الثاني
التحكيم الالكتروني كآلية لحماية المستهلك

تمهيد وتقسيم:

إن اتفاق التحكيم في جميع الأحوال قد يأخذ أحد شكلين، فإما أن يكون في شكل شرط يوضع في العقد الأصلي أو يجري الاتفاق عليه قبل قيام النزاع محل التحكيم، وإما أن يأخذ شكل مشارطة التحكيم التي لا يكون الاتفاق فيها على اللجوء إلى التحكيم إلا بعد قيام النزاع[1].

وقد نظم المشرع في قانون التحكيم اتفاق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ورتب عليه آثاراً معينة من أهمها الأثر المانع[2]؛ وقوامه امتناع القضاء عن نظر النزاع المتفق على إحالته إلى التحكيم وفق صريح المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري.

من هنا برزت الخشية لدى جمعيات حماية المستهلك من اللجوء إلى التحكيم في عقود المستهلكين[3] والذين تقرر لهم الحماية وفق قواعد آمرة تحدد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق، وهي تفرق في ذلك بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم فتجيز الأخير وتحظر الأول باعتبار أن المشارطة لا تكون إلا بعد قيام النزاع والمستهلك حينئذٍ يستطيع أن يقدر ما هو الأنسب له بإرادة حرة دون ترغيب أو ترهيب، أما الشرط فإن المستهلك يكون جاهلا بعواقب الأمور وبما سيؤول إليه الأمر.

رفض شرط التحكيم في عقود المستهلكين:

اتجه رأي في الفقه[4]، إلى بطلان شرط التحكيم الذي يرد في عقود الاستهلاك باعتبار أن هذا الشرط لم يكن محلا للتفاوض، ومن ثم فهو يدخل في إطار الشروط التعسفية والتي حظرها المشرع في المادة ١/١٣٢ من قانون الاستهلاك الفرنسي١٩٩٥[5] وكذلك المادة ٩/١١ من الملحق التي تنص على ضرورة إلغاء جميع العقبات التي تمنع المستهلك من رفع الدعوى

---

(١) انظر صور اتفاق التحكيم فيما سيأتي، ص٣٢٣.

(٢) انظر أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٨٩.

(٣) للمزيد انظر:
Alan Skaplisky: **The Use Of Pre-dispute Arbitration Agreements By Consumer Financial Services Providers**, op.cit, p.10.

(٤) د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٧٣٦.

(٥) تم تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي وفق النسخة الموحدة رقم ٧٣٧-٢٠١٠ الصادر في ١ /٧/ ٢٠١٠م.

القضائية. ومن ثم، فهذا الشرط يكون باطلا لكونه لم يكن محلا للتفاوض المباشر بين البائع والمستهلك، فالمستهلك لا يملك مناقشة شروط العقد مع البائع إذ ليس له إلا أن يقبل العقد كله أو يرفضه كله(١).

وهو ما جاء في المادة ١/٩١ من قانون التحكيم الانجليزي، حيث تبطل كل شرط تحكيم يرد في عقود الاستهلاك التي تقل قيمتها عن ٥٠٠٠ جنيه استرليني، ويتفق ذلك مع التوجيه الأوربي ٩٣/١٣ بشأن الشروط غير العادلة في عقود المستهلكين، والذي حظر جميع الشروط التعسفية والتي لم تكن محلاً للتفاوض بين البائع والمشتري وفق نص المادة ٣ وهو ما أيدته محكمة العدل الأوربية في حكمها الصادر في ٢٠٠٦/١٠/٢٦م حيث اعتبرت شرط التحكيم الوارد في عقود المستهلكين من قبيل الشروط غير العادلة، التي يجب على المحكمة إلغاء حكم التحكيم المستند إلى هذا الشرط حتى ولو لم يدفع بذلك المستهلك أثناء سير التحكيم(٢).

ويرفض هذا الاتجاه شرط التحكيم في عقود المستهلكين استناداً إلى الخشية من عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني(٣)، إذ إن ذلك سوف يرتب بطلان حكم التحكيم. ومن ثم، عدم إمكانية تطبيقه فالمحكم لا يهتم إلا بحل النزاع بين الأطراف دون النظر إلى مصالح السياسة التشريعية(٤)، وهذا ما سارت عليه محكمة ولاية ويسكون سن بالولايات المتحدة الأمريكية في حكمها الصادر في ٢٠٠٧/٨/٢٦م "حيث ترفض المحكمة شرط التحكيم في عقود بطاقات الائتمان بين البنك والمستهلك

---

(١) انظر:
JuliaHörnle: **Arbitration Clause in B2C e-Commerce Contracts Legal Controls On The USE Of Arbitration Clause In B2C E-commerce Contracts**, Masaryk University Journal of Law and Technology, p.26.

(٢) انظر حكم المحكمة:
ECJ judgment of 26 October 2006, C-168/05 – Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, *"Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts must be interpreted as meaning that a national court seised of an action for annulment of an arbitration award must determine whether the arbitration agreement is void and annul that award where that agreement contains an unfair term, even though the consumer has not pleaded that invalidity in the course of the arbitration proceedings, but only in that of the action for annulment"*. available online: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

(٣) انظر في عرض ذلك:
Julia Hörnle: **Internet Dispute Resolution**, PhD, Queen Mary University, London, 2007, p.253.

(٤) د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٧٣٧.

وتعتبر المحكمة أن هذا الشرط غير معقول لأنه يمنع المستهلك من الحصول على الحماية المقررة له في اللجوء إلى ولاية القضاء..."[١].

ويضيف البعض مسألة أخرى وهي الخوف من أن يؤدي اتفاق الأطراف على إخضاع جميع منازعاتهم للتحكيم إلى إنكار العدالة، ذلك أن وجود مثل هذا الشرط يمنع المستهلك من اللجوء إلى القضاء الوطني، وفي نفس الوقت لا يضمن تسوية المنازعة عند اللجوء إلى التحكيم والذي قد يفوت عليه الاستفادة من المواعيد المقررة باللجوء إلى الطرق القضائية[٢].

ويرى فريق آخر من الفقه أن بطلان شرط التحكيم في عقود الاستهلاك مرده إلى اعتبارات عدم الملاءمة، حيث إن عدم التوازن الاقتصادي في العقد بين طرفيه سوف يزيد من عبء المستهلك من حيث؛ إن تعيين المحكم سوف يكلفه مبالغ باهظة تعوقه عن اللجوء إلى التحكيم[٣]، خصوصاً وأن أغلب عقود الاستهلاك قليلة القيمة. ومن ثم، فقد يكلفه التحكيم أكثر من قيمة النزاع[٤]، حيث يتحمل المستهلك عبء الانتقال لحضور الجلسات، ومصاريف المحاماة، وأتعاب هيئة التحكيم.

ومن جانب آخر، فإن وجود علاقات مالية تجمع بين المهنيين ومؤسسات التحكيم سوف تجعل المحكمين يميلون إليهم مراعاة لتلك العلاقة، مما يعني انعدام المساواة بين أطراف النزاع، بعكس العملاء الذين يتعاملون مع تلك المؤسسات بصورة منبتة وفي الغالب أنها لا تتكرر[٥]، ثم إن هيئات التحكيم تطبق قواعد وجدت خصيصاً لتسوية منازعات

---

(١) وقد وردت عبارات الحكم على النحو التالي:
"...the arbitration clause was substantantively unconscionable because it prevents the plaintiffs from obtaining any of the relief they seek for abusive debt collection practices neler the Wisconsin consumer ACT..." Case No.: 2005AP2770,26/8/2007 WI, available online: http://www.wicourts.gov/ca/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo =27918.

(٢) انظر في هذا الرأي:
JuliaHörnle: **Arbitration Clause in B2C e-Commerce Contracts**, op.cit, p.28.

(٣) قارن في ذلك:
Alan Skaplisky: **The Use Of Pre-dispute Arbitration Agreements By Consumer Financial Services Providers**, op.cit, p.16.

(٤) انظر:
Susan Schiavetta: **Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU?,** *JILT*, n3, 2004, p27, Julia Hörnle: Cross-Border Internet Dispute Resolution, op. cit., p.17.

(٥) للمزيد انظر:
Anita Ramasastry: **Government To Citizen Online Dispute Resolution**: A Preliminary Inquiry, Washington Law Review Vol. 79:159, 2004, p.165.

التجارة الدولية بين الشركات العملاقة. ومثل هذه القواعد لا تتوافق مع طبيعة عقود الاستهلاك التي تحتاج إلى رعاية خاصة[١]، فالمحكم يضع نصب عينيه الوصول إلى حل يساعد الأطراف في الاستمرار على العلاقة والتقريب فيما بينهم[٢].

صحة مشارطة التحكيم في عقود الاستهلاك التقليدية الدولية:

يذهب الرأي السائد في الفقه إلى اعتبار مشارطة التحكيم في عقود المستهلكين الدولية صحيحاً[٣]، وذلك من منطلق أن هذه العقود تدخل في نطاق مصالح التجارة الدولية والتي تتطلب عدم وضع العراقيل أمامها، وهو المبدأ الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢١ مايو ١٩٩٧م في القضية المشهورة جاكوار[٤]، وهو أيضاً في حكمها الصادر في مارس ٢٠٠٤م[٥]، كما أقرته توصية لجنة الأمم المتحدة لعام ١٩٩٨م في المادة ١/٣ حيث تؤكد أن الوسائل البديلة يجب ألا تحرم المستهلك من حقه في اللجوء إلى المحاكم.

ويبرر هذا الاتجاه موقفه بأن قبول المستهلك لشرط التحكيم الوارد بعد قيام النزاع في عقود المستهلكين لن يختلف عن قبوله للخضوع الاختياري لولاية القضاء، وذلك في الاتفاق اللاحق على قيام النزاع، هذا فضلاً عن أن المحكم ملتزم بتطبيق القواعد الآمرة التي تقررت لحماية المستهلك عند بحث القانون الواجب التطبيق على النزاع وإلا كان حكمه قابلا للإبطال[٦].

وقد كان قانون التحكيم الأمريكي الصادر في ١٩٢٥م لا يرفض التحكيم في عقود الاستهلاك، وذلك في القسم الثاني منه، وبدا هذا واضحاً في المادة ٤٠٢ من قانون التحكيم والإنصاف الفدرالي AFA الصادر في ٢٠٠٩م التي نصت على جواز التحكيم في عقود الاستهلاك بشرط أن يكون هذا الاتفاق لاحقاً على قيام النزاع.

---

(١) د. طرح البحور على حسن فرج: عقود المستهلكين مابين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، مرجع سابق، ص٢١٣.

(٢) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٣٥٤.

(٣) انظر:

Penda Ndiaye: **Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique**, op.cit, p.182.

(٤) في الحكم والتعليق عليه انظر: د. طرح البحور على حسن فرج: عقود المستهلكين الدولية مابين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، مرجع سابق، ص٢١٩.

(٥) مشار إلى الحكم لدى:

Rithy Chey: **L'arbitrage et le contrat de consommation**: Le point surl'état du droit, Master, Université Lumière Lyon 2, 2006, p.50.

(٦) د. طرح البحور على حسن فرج: عقود المستهلكين الدولية مابين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، مرجع سابق، ص٢٣١.

ويرى الباحث أن هذا الرأي محمود إذ من خلاله قد يصل المستهلك إلى حقه وأكثر، إذ إن قصر حق المستهلك باللجوء إلى القضاء قد يكلفه الكثير سواء في إجراءات التقاضي أو في تنفيذ حكم المحكمة، حيث لا توجد اتفاقية دولية تضع الضوابط الكفيلة بتنفيذ أحكام القضاء إلا تلك الإقليمية التي لم تفعّل في الكثير من البلدان.

ثم إن المحكم ليس قاضياً يسير مع النص وإنما هو قضاء ملاءمة هدفه المحافظة على مصالح التجارة الدولية واستمرارية العلاقة، كما أنه قد يلجأ إلى تطبيق قواعد العدل والإنصاف التي سوف تخدم المستهلك بلا شك في مواجهة المهني(١).

الوضع في عقود المستهلكين الالكترونية:

يختلف الوضع كثيراً في عقود المستهلكين الالكترونية عنه في العقود التقليدية ذلك أن عقود المستهلكين الالكترونية تجري باستخدام وسائل الاتصال الحديثة الانترنت. ومن ثم، فإن اتفاق التحكيم يجري باستخدام نفس الوسيلة سواء في شكل شرط التحكيم أو في مشارطة التحكيم بما قد تتضمنه من الوعد باللجوء إلى التحكيم.

ومن ثم، فإن حكم اتفاق التحكيم الالكتروني سوف يختلف بالطبع عن حكم اتفاق التحكيم التقليدي سواء في مدى اعتباره شرطاً تعسفياً أو حتى في مدى ملاءمته لحكم منازعات المستهلكين الالكترونية، وهو ما سوف نوضحه في ثنايا التقسيم التالي:

المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم الالكتروني في عقود الاستهلاك الالكترونية.

المطلب الثاني: ملاءمة التحكيم الالكتروني لمنازعات عقود المستهلكين الالكترونية.

المطلب الثالث: التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الالكترونية.

---

(١) انظر:
Susan Lott, **Marie Hélène Beaulieu and JannickDesforges:Mandatory Arbitration and Consumer Contracts,** op.cit, p.17.

المطلب الأول
صور اتفاق التحكيم الالكتروني في عقود الاستهلاك الالكترونية

اتفق الفقه على صحة اتفاق التحكيم في عقود المستهلكين متى كان في صورة مشارطة تحكيم أي حينما يبرم بعد قيام النزاع حيث ينتفي عنها الطابع التعسفي، وذلك على اعتبار أن المستهلك في وضع أفضل من حيث كونه يمتلك القدرة على التفاوض والوصول إلى الوضع الذي يحقق مصلحته، فهو بالخيار إما أن يلجأ إلى القضاء أو إلى التحكيم(١).

وقد سبق وأن بينا خلاف الفقه في وضع اتفاق التحكيم الذي يتخذ صورة شرط، أي حينما يبرم قبل قيام النزاع، ولكن الوضع يختلف بالنسبة لاتفاق التحكيم الالكتروني الذي يجري الاتفاق عليه في الصورة الالكترونية في عقود التجارة الالكترونية حيث يتخذ عدة أشكال، سوف نبينها تباعاً مع بيان حكم كل صورة ليتسنى الوقوف على وضع اتفاق التحكيم الالكتروني إجمالاً وما هو موقف الفقه والقضاء منه وذلك على النحو التالي:

أولاً: اتفاق التحكيم الالكتروني المدرج في العقد:

إن اللجوء إلى التحكيم في هذه الصورة يجري من خلال الاتفاق على شرط التحكيم الوارد ضمن شروط العقد العامة وذلك وفق قوالب نموذجية Forms يتم التعاقد من خلالها ولا يكون للمستهلك إلا القبول دون تفاوض، والذي يقضي بأنه في حال قيام نزاع حول العقد المبرم بين الطرفين فإن السبيل الوحيد لحله هو اللجوء إلى التحكيم الالكتروني(٢).

---

(١) للمزيد انظر:
Julia Hörnle: **Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.239, Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.163.

(٢) انظر:
Gina T. Constant: **Mandatory Arbitration of Public Utility Consumer Disputes**: An Examination of Public Policy and the Typical Cell Phone Contract, p.1, available online: http://pegasus.rutgers.edu/~rcrlj/articlespdf/constant.pdf.
ومن النماذج المعمول بها في كثيراً من العقود نذكر منها على سبيل المثال شرط التحكيم لمحكمة التحكيم الأمريكية حيث يجري على النحو التالي:
"Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association under its Construction Industry Arbitration Rules, and judgment on the award rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof". http://www.adr.org/aaa/faces/rules.
للمزيد في مثل هذه النماذج انظر: أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٨٦و٨٧.

وفي هذه الصورة تحظر تشريعات الاتحاد الأوربي مثل هذا الشرط كما هو الشأن في التوجيه الأوربي ٩٣/١٣ حيث يعدها من الشروط التعسفية، وهو نفس الأمر في تشريعات كلٍ من المملكة المتحدة في قانون التحكيم الصادر في١٧ يونيو ١٩٩٦م في المادة ٨٩، وفرنسا وفق المادة ١٣٢ من قانون الاستهلاك ١٩٩٥م، التي تحظر شرط التحكيم إذا ما جرى إبرامه قبل قيام النزاع. وقد كان قانون إقليم الكبيك الكندي أكثر صراحةً في ذلك، حيث نص في المادة ٣١٤٩ على أن كل اتفاق مؤداه منع المستهلك من اللجوء إلى محكمة موطنه يكون باطلاً، وهنا جاء النص مطلقاً ولم يأتِ بأي استثناء(١).

وفي تطبيق ذلك رفضت المحكمة العليا في كنداً شرط التحكيم الوارد في عقد بيع عبر شبكة الانترنت في حكمها الصادر في ٢٠٠٧/٦/١٣م(٢)، على اعتبار انه أخل بالمادة ٣١٤٩ من القانون المدني لإقليم الكيبيك الكندي الصادر في ١٩٩١م، التي تحظر على المستهلك الاتفاق على إخراج النزاع من سلطة المحكمة، وهي قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها(٣).

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن القضاء قد ظل متذبذباً بين القبول والرفض وهي في ذلك مستندة إلى حسن النية في التعامل، وذلك في ظل القسم الثاني من قانون التحكيم القديم الصادر في ١٩٢٥م. ومن ثم، يجب التعامل مع كل حالة على حده، فتارة تقول المحكمة إنه من المفيد قبول شرط التحكيم ولجوء المستهلك إلي التحكيم وتارة أخرى تعارضه(٤) وذلك في جميع الأحوال التي يكون فيها هذا الشرط غير معقول من الناحية

---

(١) انظر:
Susan Schiavetta: **Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU?,** op. cit, p.25.

(٢) وتتلخص وقائع هذه القضية في الآتي: شركة ديل تبيع معدات كمبيوتر بالتجزئه عبر الانترنت لديها مكتب رئيس في تورنتو الكندية ومكان عمل في مونتريل، في ٤ ابريل ٢٠٠٣م عرضت الشركة من خلال موقعها على شبكة الانترنت بيع أجهزة كمبيوتر محمول بأسعار مخفضة، وبعدها بفترة وجيزة عدلت الشركة الأسعار باعتبار أن هنا خطأ في العرض، رفعت جماعة المستهلكين الدعوى القضائية على الشركة، دفعت الشركة بوجود شرط تحكيم وفقاً لشروط التحكيم الواردة في العقد، محكمة أول درجة رفضت اعتراض الشركة في ٢٠٠٤م، وسمحت بإقامة الدعوى الجماعية ضدها، استأنفت الشركة أمام محكمة الاستئناف، والتي رفضت استئناف الشركة في ٢٠٠٥م بإعتبار أن هذا الشرط يخل بالتوازن العقدي بين الطرفين، في ٢٠٠٧/٦/١٣م حكمت المحكمة العليا برفض استئناف الشركة وأكدت صحة ما جرى في محكمة أول درجة وثاني درجة.

(٣) انظر حكم المحكمة في القضية:
Dell Computer Corporation Appellant v. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin Respondents 2007 SCC 34, [2007] 2 R.C.S, p.801, available online: http://www.canlii.org

(٤) انظر في ذلك:
Jonnette Watson Hamilton: **Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses**: Denying Access to Justice?, Mcgill Law Journal,2006, 51(McGill L.J.), p.703.

الإجرائية[١]، غير أن الوضع أصبح أكثر وضوحاً في ظل قانون التحكيم والإنصاف الصادر في ٢٠٠٩م، حيث حظر المشرع الشرط الوارد في العقد وأجاز الاتفاق اللاحق على قيام النزاع في المادة ٤٠٢، وهو ما تسير عليه الأحكام الحديثة للمحاكم الأمريكية، حيث تذهب نحو الاعتراف بالاتفاق اللاحق لقيام النزاع[٢].

ويرى البعض أن شرط التحكيم الالكتروني الوارد في العقد الالكتروني لا يكون مقبولا إلا إذا تحقق له شرطان: الأول: وهو أن يكون مطروحاً للتفاوض بين الطرفين. والثاني: أن لا يؤثر على حق المستهلك في اللجوء الى المحكمة المختصة، بمعنى ألا يكون إلزامياً[٣].

ويرى الباحث أن الوضع يختلف في حال اللجوء إلى التحكيم الالكتروني، لفض المنازعات الناشئة عن عقود المستهلك الالكترونية. إذ إنه لا ضير من إيراد شرط التحكيم في ثنايا العقود الالكترونية كونه يضمن الاستفادة من المزايا التي يقدمها التحكيم الالكتروني من سرعة البت في النزاع وانخفاض في التكاليف وأحياناً انعدامها في حال التزام المهني بتكاليف التحكيم أو كان مأمناً عليها لدى مركز من مراكز التسوية الالكترونية[٤]، هذا فضلاً عما يتمتع به التحكيم الالكتروني من مرونة في عقود المستهلكين الالكترونية حيث إنه قد إبتكر أنواعاً من شرط التحكيم فمنها غير الملزم والملزم لجانب واحد وهو البائع، بحيث يبقى للمستهلك الخيار في اللجوء إلى القضاء المختص أو التحكيم، وهو بذلك يبدد المخاوف من عدم مشروعية شرط التحكيم في عقود المستهلكين الالكترونية وتحويله إلى شرط غير

---

(١) انظر:

Thomas Schultz: **Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention?** The Case for Architectures of Control andTrust, North Carolina Journal Of Law & Technology,(N.C. J.L. & TECH.) Volume 6, ISSUE 1: FALL 2004, p.75

(٢) انظر الأحكام التالية:

Hubbert v. Dell Corp., 359 Ill. App. 3d 976 (2005), Brower v. Gateway 2000, Inc, Supreme Court of New York, Appellate Division, 246 A.O.2d 246 676 N.Y.S. 2d 569, 572 (1998), Specht v. Netscape Communications Corp., 150 F. Supp. 2d 585 (SDNY 2001), aff'd, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002).

(٣) انظر:

Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.157.

(٤) للمزيد انظر:

Julia Hörnle: **Internet Dispute Resolution**, Op.Cit, P240, Gabrielle Kaufmann-Kohler: **Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration**, ICC Publishing, 2005, p.445.

تعسفي[١]. أما ما يترتب على حكم التحكيم بعد صدوره، فإن التخوف من عدم تطبيق القواعد الآمرة التي تحمي المستهلك قد لا يكون له محل هنا إذ إن مخالفة المحكم لذلك سوف يجعل حكمه تحت المراقبة اللاحقة من القضاء[٢].

علاوةً على ذلك، فإن إلزام المستهلك باللجوء إلى القضاء سوف يقعده عن اللجوء إليه وذلك في الكثير من الحالات خاصة في القضايا قليلة القيمة، فالقضاء قد يتطلب رسوماً ومحامياً وانتقالاً وحضوراً، بعكس التحكيم الالكتروني الذي لا يتطلب فيه الحضور المادي للأطراف كما لا يتطلب في أغلب الأحوال محامياً، ويسهل على المستهلك اللجوء إليه في أي وقت والحكم يكون خلال فترة زمنية قصيرة جداً[٣].

ومع هذا وذاك، فإن هناك ميزة عظمى تكمن في أن هيئة التحكيم تتكون من ذوي الخبرة الفنية والتقنية والتي لا تكون موجودة في هيئة القضاء مما يبرر أن اللجوء إلى التحكيم يخدم المستهلك أكثر من القضاء. ومن ثم، فهو يخدم توقعات الأطراف ويحفظ العلاقة بينهم[٤].

وأما في حالة الخشية من عدم تنفيذ الحكم، فإن الغالب أن مراكز التحكيم تأخذ الضمانات الكفيلة بتحقيق ذلك، إذ إن لها وسائلها التي تضمن تنفيذ الحكم الصادر عنها، وقد تكون هذه الوسائل أسرع وأكثر فاعلية من حكم القضاء إلى درجة ينعدم معها التشبيه[٥].

وفي جميع الأحوال ليست هذه هي الصورة الوحيدة لاتفاق التحكيم الالكتروني في مجال عقود التجارة الالكترونية، بل هناك أشكال أخرى وهي الغالب من حيث الواقع العملي، والتي تستخدمها كثيرٌ من الهيئات والشركات العاملة في مجال التجارة الالكترونية.

---

(١) انظر في ذلك:
Thomas Schultz, Gabrielle Kaufmann-kohler, dirk langer and Vincent bonnet: **online dispute resolution: the state of the Artand the issues**, op.cit, p.92.

(٢) قارن عند:
Penda Ndiaye:**Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique**, op.cit,p.92

(٣) للمزيد انظر:
Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby:**E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of “eBay Law”**, Ohio State Journal On Dispute Resolution, Vol. 15:3 2000, p.727.

(٤) انظر:
Thomas Schultz: **Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, op.cit., p.11.

(٥) سوف يأتي بيان ذلك لاحقا في التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الالكترونية، انظر، ص٣٣٦.

ثانياً: اتفاق التحكيم الالكتروني الذي يبرم باستخدام علامات الثقة Trust mark:

يقصد بعلامة الثقة: أنها عبارة عن شهادة أو مصادقة تمنح للمستفيد من قبل مراكز تسوية موثوق بها عالمياً وتوضع في صفحته على الانترنت لكسب ثقة المتعاملين معه وجذب العملاء، وتقوم هذه المراكز بمراجعة سجلات الموقع العارض والتحقق من سلامة ما تقدمه فنياً ومالياً وفق معايير معينة لا يجوز لأي من تلك المواقع الخروج عليها[١].

في هذه الصورة يستخدم البائع على الانترنت إحدى علامات الثقة التابعة لأحد مراكز التسوية للتدليل على كونه عضواً فيها ويضعها على صفحة الموقع الخاص به، وفق عقد بين الطرفين يلتزم بموجبه البائع مراعاة القواعد التي يضعها مركز التسوية، وذلك في جميع عملياته التي تجري عبر الانترنت[٢]، وأهم تلك القواعد هي اللجوء إلى مركز التسوية عند قيام أي منازعة بينه وبين المستهلك[٣].

ومؤدى هذا أن مركز التسوية يختص بنظر تلك المنازعات بمجرد أن يعلنه أحد عملاء البائع برغبته في تسوية النزاع الذي قد ينشأ عن عقده مع البائع صاحب العلامة، ويستخدم مركز التسوية علامة الثقة كوسيلة لإجبار البائع على تنفيذ الأحكام التي تصدر عنه، وذلك بسحب العلامة عنه وعدم السماح له بوضعها على موقعه[٤].

---

(١) للمزيد في مثل تلك العلامات انظر الموقع التالي: http://www.emota.eu/consumer-trust.html.

(٢) انظر:

Steve Abernethy: **Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems**, Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003, available online: http://www.odr.info/unece2003/pdf/Abernethy.pdf.

(٣) انظر:

Alan Wiener: **Regulations and Standards for Online Dispute Resolution**: A Primer for Policymakers and Stakeholders, 2001, available online:http://www.mediate.com/articles/awiener3.cfm

(٤) ومن المراكز التي تستخدم خدمات التسوية الالكترونية باستخدام علامة الثقة:

- **Webtrader** انظر الموقع على الرابط التالي:

http://www.webtrader.com/

- **Truste** انظر الموقع على الرابط التالي:

http://www.truste.com/

- **Syberconsumer** انظر الموقع على الرابط التالي:

http://kenostar.edublogs.org/

وهكذا، فإنه في هذه الصورة ليس هناك اتفاق مسبق على اللجوء إلى التحكيم بين المستهلك والبائع وكل ما هنالك أن البائع ملتزم أمام مركز التسوية الالكترونية بأن يعرض أي نزاع بينه وبين المستهلك أمامه ويلتزم بإجابة المستهلك عند لجوئه إلى ذلك المركز، مقابل حقه في وضع علامة الثقة على موقعه الالكتروني والاشتراك المالي الذي يدفعه للمركز[١]، فإذا ما لجأ المستهلك إلى مركز التسوية أجابه إلى ذلك ويبدأ بالوساطة. فإذا فشلت يجري الانتقال إلى التحكيم وذلك في مدد زمنية معينة[٢].

وفي بيان حكم هذه الصورة نجد أنها لا تجري إلا بعد قيام النزاع، بمعنى أنها تأخذ شكل مشارطة التحكيم وليس الشرط. ومن ثم، فهي مقبولة مطلقاً في عقود الاستهلاك الالكترونية، إذ إن العقد المبرم بين البائع ومركز التسوية يكون ملزماً للبائع فقط باللجوء إليه عند قيام النزاع وقبوله للحكم عند صدوره، أما المستهلك فلا يلجأ إليه إلا بعد قيام النزاع[٣]، وهو بالخيار بين أن يلجأ إلى القضاء أو إلى مركز التسوية الالكترونية، ولا شك أنه سوف يختار اللجوء إلى مركز التسوية بدلا من القضاء لما يحققه من مزايا تخدم مصلحته، فعدالة سريعة وان كانت ناقصة خير من عدالة بطيئة وإن كانت ناجزه[٤].

<u>ثالثاً: اتفاق التحكيم الالكتروني الذي يبرم من خلال مراكز التسوق الالكتروني MarketPlaces:</u>

عادة ما نجد أن هناك تجمعات لعدة بائعين ضمن مجموعة واحدة تمثل المراكز التجارية في أرض الواقع، بحيث أن كلاً منهم يعرض منتجاته للمستهلكين ويستفيد من مزايا المركز في مقابل الالتزام بقواعد ذلك المركز، ويطلق على مثل هذه المراكز مراكز التسوق عبر الانترنت **Internet Shopping Malls**[٥].

---

(١) انظر:
KarimBenyekhlef, Fabien Gélinas: **Online Dispute Resolution**, op.cit, p.84.

(٢) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٢١، وانظر ايضاً:
Zheng Sophia Tang: **Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws**, op. cit, p.160.

(٣) انظر:
Julia Hörnle: **Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions**, Journal of Information, Law and Technology, (JILT), ISSUSE 2, 2002, p.7.

(٤) للمزيد انظر، أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص١٥.

(٥) ومن المراكز التي تقدم مثل تلك الخدمات مركز **E-bay** وذلك من خلال الرابط التالي: http://www.ebay.com/.
ومركز **quickstores** وذلك من خلال الرابط التالي: http://www.quickstores.us/us/.

والواقع أن هذه المراكز تخدم المستهلكين بالدرجة الأولى حيث إنها تقدم خدمات متنوعة للمستهلك في موقع واحد ويستطيع البحث من خلاله عن أفضل العروض هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن هذه المراكز تضمن حق المستهلك في مواجهة البائع الالكتروني والذي يقع على عاتقه التزام بعدم الخروج عن قواعد هذا المركز الالكتروني والذي روعي فيه بدرجة أساس المستهلك الالكتروني ابتداءً بوضع الأسعار حيث تشترك المراكز مع المتجر في تحديد الأسعار وانتهاءً بقبول التسوية التي تتم أمام مركز التسوية الالكترونية التابع لمركز التسوق[١].

وعليه، فإن البائعين الذين يستخدمون مراكز التسوق عبر الانترنت يقع عليهم التزام باحترام القواعد الخاصة بتلك المراكز ومن أهمها اللجوء إلى مراكز التسوية التي يقدمها الموقع عند إبداء المستهلك رغبته في تسوية النزاع من خلاله[٢]، وذلك بقيامة بالضغط على موافق Accept لقبول التسوية الالكترونية[٣]، ويقوم المركز بإرسال رسالة إلى بريده الالكتروني للتأكيد وبها اسم المستخدم username وكلمة السر password.

وفي هذه الصورة يكون أمام المستهلك خياران إما أن يلجأ إلى القضاء المختص أو أن يلجأ إلى مركز التسوية عبر الانترنت المتاح من خلال مركز التسوق وذلك بعد قيام النزاع، مما يعني أن اتفاق التحكيم في هذه الصورة يأخذ شكل مشارطة التحكيم والتي أجازها الفقه في عقود الاستهلاك إذ إنها تخدم مصلحة المستهلك[٤].

رابعاً: اتفاق التحكيم الالكتروني الفردي.

في هذه الصورة يجري الاتفاق على التحكيم في شكل مشارطة تحكيم، حيث إنه يتم الاتفاق بين البائع والمستهلك على اللجوء إلى مركز من مراكز التسوية الالكترونية المتاحة للجميع Open Access لتسوية النزاع الذي قام بينهما، وذلك من خلال تقديم طلب إلى هذا المركز لتسوية النزاع عن طريق التحكيم الالكتروني.

---

(١) فنجد مثلا ان مركز E-bay يحسم منازعات المستهلكين من خلال مركز التسوية Square tradeحيث يوجد رابط مركز التسوية ضمن صفحة موقع مركز التسوق تحت مسمى Resolution Center.

(٢) انظر:
Alan Wiener: **Regulations and Standards for Online Dispute Resolution: A Primer for Policymakers and Stakeholders**, op. cit.

(٣) للمزيد انظر:
Karim Benyekhlef, Fabien Gélinas: **Online Dispute Resolution**, op.cit, p.98

(٤) قارن عند:
Julia Hörnle**:Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions,** op.cit, p.8.

وتتعدد المراكز التي تقدم خدمات التحكيم عبر الانترنت نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مركزCyber Tribunal [١]، مركز Cyberarbitration[٢] ومركز clicknsettle[٣] وهو كذلك في مركز Cyber Court[٤] ومركز I-courthouse[٥] ومركز Intellicourt[٦] ومركز Eresolution[٧] وأخيراً مركز Sord journey[٨] ويجري اللجوء أو التقدم إليها من خلال تقديم طلب من الطرفين أو أحدهما.

وعليه، فإن هذه الصورة تختلف عن سابقتها خصوصاً علامة الثقة Trust Mark ونظام مراكز التسوق Market Place حيث يجري الاتفاق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم الالكتروني بعيداً عن هذه المراكز وبعد قيام النزاع، ومن ثم تستطيع إحدى تلك المراكز مباشرة التسوية الالكترونية بمجرد تقديم الطلب إليها من أحد الأطراف أو كليهما[٩].

هذا، ولعل الفارق الرئيس بين هذه الصورة والصور السابقة يكمن في أن التحكيم فيها ليس مجانياً بالنسبة للمستهلك بعكس التحكيم من خلال الصور السابقة التي يتكفل فيها المعني بتكاليف التحكيم باعتباره عضواً في تلك المراكز ويستفيد من خدماتها في صورة علامة الثقة أو مراكز التسوق الالكتروني ويسددها في صورة اشتراكات مالية[١٠].

---

(١) مركز التحكيم الالكتروني Cyber Tribunal التابع لجامعة مونتريال بكندا، على الرابط: http://www.cybertribunal.org/index.en.html.

(٢) متاح على الرابط التالي: http://www.cyberarbitration.com/

(٣) ويمكن الوصول إليها من خلال الرابط التالي: www.clicknsettle.com

(٤) للوصول إلى المركز من خلال الرابط التالي: http://dsf.chesco.org/Cybercourt/index.html

(٥) متاح على الرابط التالي: http://www.i-courthouse.com/main.taf?&redir=0

(٦) للمزيد انظر الرابط التالي:: http://www.intellicourt.com

(٧) انظر الرابط التالي: http://www.eresolution.com/

(٨) للمزيد في هذه المراكز انظر:
Thomas Schultz:**Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, op.cit., p.17.

(٩) انظر:
Thomas Schultz: **Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention?** op. cit., p.95.

(١٠)للمزيد انظر:
Julia Hörnle: **Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.143, Mohamed S. Abdel Wahab: **Dispute Resolution and Information Technology at Crossroads: The Leading Edge**, op.cit, p.10, Julia Hörnle:**Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions**, op.cit,p.9.

وهناك فارق مهمٌ بين الصور السابقة وهذه الصور ففي الأولى يبقى البائع تحت رقابة الجهات التي يتعامل معها وتستطيع إجباره على تنفيذ الأحكام والقرارات التي تصدر عن مركز التسوية الالكترونية التابعة لها دون مماطلة أو إبطاء وذلك من خلال حجب الثقة أو الفصل من العضوية[١]، على عكس هذه الصورة فإن مركز التحكيم لا يملك سلطة على البائع ومن ثم فإنه يلجأ إلى وسائل أخرى لتنفيذ الحكم الصادر عن مثل هذه المراكز.

المطلب الثاني
ملاءمة التحكيم الالكتروني لمنازعات عقود المستهلكين الالكترونية

تقدم فيما سبق بيان لرأي الفقه القائل بعدم صحة اتفاق التحكيم في عقود المستهلكين بصفة عامة والمستهلك الالكتروني بصفة خاصة[٢]، وقد كان سند الفقه في ذلك أن اشتراط التحكيم في مثل هذه العقود هو من قبيل الشروط التعسفية وقد سبق نفي هذه الصفة في بيان حكم صور اتفاق التحكيم الالكتروني[٣]، وأما الحجة الثانية التي استند إليها هذا الفقه، فقد كانت ترتكز على العوائق العملية المتمثلة في عدم الملاءمة[٤].

فهذا الجانب من الفقه استند إلى عدم ملاءمة التحكيم في عقود الاستهلاك من حيث التكاليف والمصاريف التي تثقل كاهل المستهلك وتكلفه الكثير، فالتحكيم التجاري قضاء خاص يحتاج إلى نفقات يتكفل بدفعها أطراف النزاع هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المحكم سوف لن يقوم بتطبق القواعد الخاصة التي وضعها المشرع الوطني لحماية الطرف الضعيف، وإنما يطبق قواعد وضعت خصيصاً لعقود التجارة الدولية، وأخيراً إن عدم ملاءمة التحكيم لحكم عقود المستهلكين يرجع إلى صعوبة تنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني في الواقع المادي.

---

(١) سوف يأتي بيان تلك الوسائل التي تستطيع من خلالها مراكز التسوية الالكترونية تنفيذ الأحكام الصادرة عنها، فيما بعد ص٣٣٦.

(٢) راجع ما سبق بيانه في بيان حجج الرأي المعارض لاتفاق التحكيم في عقود الاستهلاك، ص٣١٨.

(٣) سبق تفنيد هذه الحجج ونفي الصفة التعسفية عن مثل هذا الشرط وملاءمة التحكيم الالكترونية في عقود المستهلكين راجع ص٣٢١.

(٤) انظر:

Susan Lott, Marie Hélène Beaulieu and JannickDesforges:**Mandatory Arbitration and Consumer Contracts**, op.cit, p.24.

من هنا، فإن هذا المطلب سيحاول الاجابة عن تلك الاعتراضات وبيان ملاءمة التحكيم الالكتروني لحل منازعات المستهلكين الالكترونية من حيث تخفيض التكاليف التي تثقل كاهل المستهلك، وملاءمة التحكيم الالكتروني من حيث القواعد المطبقة، وأما ملاءمة التحكيم الالكتروني لحكم عقود الاستهلاك من حيث تنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية فسوف نحيل دراسته إلى مطلب مستقل لأهمية ذلك.

أولا: ملاءمة التحكيم الالكتروني من حيث انخفاض التكاليف:

مع ظهور مراكز التحكيم الالكتروني أصبح في مقدور المستهلك في أي مكان في العالم وفي أي وقت أن يمارس حقه في اللجوء إلى التحكيم والحصول على حقه ودفع الضيم الذي قد يلحق به دون أن يكلفه ذلك شيئاً في بعض الأحيان فإن وجدت مثل هذه التكاليف فإنها تكون معقولة بالنسبة لقيمة النزاع وبالقدر الذي لا تثقل من كاهله[١].

ولهذ، نجد أن المراكز التي تقدم خدمات التسوية الالكترونية بما فيها التحكيم الالكتروني ODR تتيح استخدام علامة الثقة وتمنحها للمواقع على الانترنت لتقوم بعرضها على صفحة الموقع الالكتروني للبائع في مقابل التزام هذا البائع بأن يدفع اشتراكات مالية كعضو فيها، وكذلك الأمر ذاته يجري في مراكز التسوق التي تحوي العديد من البائعين حيث يكونوا ملزمين بأن يفضوا منازعاتهم مع المستهلكين من خلال مراكز التسوية وفق اشتراكات مالية معينة تصبح مجانية للمستهلك[٢].

ولذلك، فإن أهم ما يلاحظ هنا أن المستهلك حينما يشتري من موقع يحمل علامة الثقة Trust Mark أو من مراكز التسوق Market place كما هو الشأن في E-bay، فإنه يستفيد من الخدمات التي يقدمها الموقع ومن أهمها أنه لن يدفع أي مبالغ مالية لمراكز التسوية الالكترونية عند اللجوء إليها، فالبائع قد كفاه ذلك العبء من خلال اشتراكاته المالية كعضو فيها، مما يعني أن اللجوء إلى تلك المراكز اقل تكلفة من اللجوء إلى القضاء المختص كمحكمة موطن المستهلك[٣].

وقد كان دافع أصحاب علامات الثقة ومراكز التسوق الالكتروني من وراء إلزام البائع بتحمل تلك الأعباء هو الرغبة في حماية المستهلك الذي يتعامل معه عبر الانترنت

---

(١) انظر:
Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby: **E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law"**, op. cit, p.732.

(٢) وقد سبق دراسة تلك المراكز ودورها في تخفيف العبء على المستهلك انظر ص٣٢٧ من هذا البحث.

(٣) انظر:
Lee A Bygrave: **Online Dispute Resolution–What It Means For Consumers**, op.cit, p.7.

وتشجيعه في الاستمرار في مثل هذا التعامل[١]، وخصوصاً عندما يعرف أنه لا يثقل كاهله بأي أعباء مالية عند حصول أي منازعة، وسهولة الوصول إلى حقه في أسرع وقت ممكن[٢].

وحتى في الصورة التي يدفع فيها المستهلك بعض التكاليف عند لجوئه إلى مركز من مراكز التسوية الالكتروني التي تقدم خدمات التحكيم عبر الانترنت، فإنها تكاليف مادية بسيطة تتناسب مع مبلغ النزاع إلى درجة المعقولية، بمعنى أنها تكون مبالغ زهيدة تشجع المستهلك على اللجوء إلى التحكيم الالكتروني وهو لا يخشى شيئاً[٣].

وهنا يحرص الباحث على القول بأن لجوء المستهلك عبر الانترنت إلى مراكز التسوية الالكترونية ODR هو الوسيلة الأكثر ملاءمة لحماية المستهلك الالكتروني من حيث انخفاض التكاليف وسرعة الحصول على الحق، فهو يكاد لا يتحمل أي أعباء مالية إذ انه ليس هناك حضور مادي لأطراف النزاع ولا أتعاب محامين أو محكمين كما هو الشأن في علامات الثقة ومراكز التسوق، ومن هنا، فليس غريباً أن نجد أن هذا القول هو ما سار عليه الفقه الحديث ومعه أحكام القضاء كالقضاء الأمريكي الحديث الذي أجاز شرط التحكيم الالكتروني وذلك لمعقولية التكاليف المالية التي لا تثقل كاهل المستهلك[٤].

ثانياً: ملاءمة التحكيم الالكتروني من حيث القواعد المطبقة:

كان كثيرٌ من الفقه وبعض التشريعات يساورها الخوف من عدم توخي حماية المستهلك عند اللجوء إلى التحكيم ومن أمثلة هذه التشريعات التي تحظر مثل هذا اللجوء التشريع الفرنسي وكذلك التوجيه الأوربي ٩٣/١٣. وقد كان دافع الفقه في ذلك هو أن قواعد التحكيم التجاري لا تخدم مصالح المستهلكين لكونها وضعت لتسوية المنازعات التجارية الدولية[٥].

---

(١) للمزيد انظر:
Thomas Schultz: **An Essay on the Role of Government for ODR: Theoretical Considerations about the Future of ODR**, paper work, Proceedings of the United Nations Forum on, Online Dispute Resolution (ODR): Technology as the “Fourth Party”, June 30 - July 1, 2003, p.7.

(٢) راجع في ذلك:
Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby:**E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of “eBay Law”**, op.cit, p.728.

(٣) انظر:
Karim Benyekhlef, Fabien Gélinas: **Online Dispute Resolution**, op.cit, p.85.

(٤) قارن في ذلك عند:
Jonnette Watson Hamilton: **Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?**, op.cit, p.699.

(٥) سبق وان أوضحنا موقف هذا الفقه وذلك عند بيان حجج الرافضين للتحكيم في عقود المستهلكين.

إلا أنه قد بات من الواضح أن قواعد التحكيم الالكتروني، بعكس التحكيم التجاري، وضعت خصيصاً لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية وهي في أغلب الأحوال عقود مستهلكين[١]. فمع اتساع نطاق التعامل عبر الانترنت وازدياد حجم المبادلات التي تتم من خلاله برزت الحاجة الملحة إلى إيجاد آلية تتناسب مع قواعد الاتصال الحديثة من حيث القواعد والسرعة والتكلفة[٢]، وكان ذلك بداية ظهور مراكز التسوية الالكترونية والتي تضع حماية المستهلك المتعامل من خلال الانترنت في صلب اهتمامها[٣].

من أجل ذلك فإن هذه المراكز لها قواعد خاصة في تسيير منازعات المستهلكين وهي في الغالب تصب في مصلحتهم، حيث تتدرج تلك المراكز في تسوية منازعات المستهلكين ابتداءً بالوساطة فإن فشلت يتم الانتقال إلى التحكيم الالكتروني وذلك في مدة قصيرة جداً تصب في خدمة المستهلك[٤]، وتمتاز الوساطة بأنها غير ملزمة بالنسبة للمستهلك فهو يملك رفض الحل المقترح من قبل الوسيط واللجوء إلى التحكيم أو القضاء[٥].

أما اللجوء إلى التحكيم الالكتروني، فقد روعي في قواعده المستهلك الالكتروني، بحيث يكون التحكيم ملزماً لجانب واحد فيلتزم بالقرار الصادر عن هيئة التحكيم البائع وحده دون أن يلتزم المستهلك بذلك إلا إذا قبله، أما لو اعترض عليه فله حق اللجوء إلى القضاء[٦]، وهناك التحكيم غير الملزم وهو الذي يصدر عنه قرار غير ملزم للطرفين ولا يمكن تنفيذه إلا إذا ارتضياه معاً[٧].

---

(١) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق،ص٢٢٩.

(٢) انظر:
Mohamed S. Abdel Wahab: **Dispute Resolution and Information Technology at Crossroads: The Leading Edge**, op.cit, p.5.

(٣) للمزيد انظر:
Lee A Bygrave: **Online Dispute Resolution–What It Means For Consumers**,op.cit, p.2.

(٤) انظر:
Julia Hörnle:**Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions,** op.cit, p.12.

(٥) انظر:
Eric Caprioli et Cédric Manara: **Règlement des litiges en ligne.Quelles solutions ?**, Legal Biznext, octobre 2002, p.4 et 5

(٦) انظر:
Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby:**E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law",** op.cit, p.721.

(٧) للمزيد انظر:
Thomas Schultz, gabrielle Kaufmann-kohler, dirk langer and Vincent bonnet: **Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues**, op.cit, p.70.

وعلى ذلك فإن التحكيم الالكتروني يصب في نهاية المطاف في مصلحة المستهلك فهو صاحب القرار في قبوله أو رفضه، ثم إنه يعد خياراً آخر للمستهلك في سبيل الوصول إلى حقه بجانب القضاء فهو لم يلغ حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء[١].

ولعل ما تقدم دفع البعض إلى القول بأن التحكيم الالكتروني المتخصص في منازعات الاستهلاك يحقق من خلال القواعد التي يطبقها حماية أفضل للمستهلك من تلك الحماية الخاصة التي وضعتها القوانين الوطنية التي لم تراعِ متطلبات التجارة الالكترونية ومن ثم المستهلك الالكتروني[٢].

وغنيّ عن البيان أن المحكم أو الوسيط يقوم بتطبق القانون الواجب التطبيق والذي يخدم توقعات أطراف النزاع فإن خالف ذلك فإن حكمه سوف يخضع لرقابة القضاء من خلال دعوى البطلان التي تعد وسيلة رقابة على قضاء التحكيم، إذاً فليس هناك مخاوف من اللجوء إلى التحكيم الالكتروني في عقود المستهلكين الالكترونية[٣].

ونلاحظ أن مراكز التسوية الالكترونية وضعت قواعد سلوك تطبقها من خلال علامة الثقة ومراكز التسوق الالكترونية وهذه القواعد تكون ملزمة لأعضائها الذين يقدمون الخدمات والسلع إلى المستهلكين وكل هذه القواعد تصب في مصلحة المستهلك، فهي تتدخل في تحديد الأسعار ولها سلطة على بطاقات الائتمان في الغالب بحيث ترجع المبالغ إلى المستهلك دون الرجوع إلى البائع تنفيذاً لقرار هيئة التحكيم في حال صدوره[٤].

خلاصة ذلك كله: يمكن القول أن وسائل التسوية الالكترونية بما فيها التحكيم الالكتروني تصب في خدمة المستهلك من حيث القواعد التي تطبقها والتي يكون عبء الالتزام بها على عاتق المهني الذي لا يستطيع أن يتنصل من هذا الالتزام. إذ إنه، يستخدم علامة الثقة التي منحه إياها مركز التسوية أو مركز التسوق، ولا يقع على عاتق المستهلك أي عبء في المقابل، بمعنى أن الهدف الذي أنشئت من أجله مراكز التسوية كان حماية المستهلك والدفاع عن مصالحه في مجال التجارة الالكترونية[٥].

---

(١) قارن في ذلك:

Julia Hörnle: **Internet Dispute Resolution**, op.cit, p.242.

(٢) انظر:

Susan Schiavetta: **Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU?**, op.cit, p.7.

(٣) انظر:

Julia Hörnle: **Cross-Border Internet Dispute Resolution**, op. cit., p.238.

(٤) سوف يأتي بيان ذلك من خلال المطلب التالي.

(٥) انظر:

Faye Fangfei Wang: **Internet Jurisdiction and choice of law** , op. cit., p.145.

ثم إن الأهم من ذلك كله أن المستهلك لا يعيقه أمر تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني الذي أصدره مركز التحكيم حيث إن بمقدوره أن يقوم بتنفيذه من خلال قواعده الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات التي يصدرها، والتي تعد أكبر ميزة للتحكيم الالكتروني قد تفوق القضاء في ذلك، وهو ما سوف ندرسه من خلال المطلب التالي:

المطلب الثالث
التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الالكترونية

تشكك البعض في أن أحكام التحكيم الالكترونية ليست ذات فعالية، لكونها لا تخدم المستهلك الالكتروني وإنما تزيده عبئاً نظراً لصعوبة تنفيذها على أرض الواقع، فالمحاكم الوطنية تشترط لتنفيذ حكم التحكيم أن يكون مرّ وفق إجراءات معينة قد لا تتناسب مع الإجراءات الالكترونية، وبالتالي فإن المحاكم الوطنية قد لا تعترف بصحة الكثير من تلك الإجراءات وهو ما يؤدي إلى عدم فعالية أحكام التحكيم الالكترونية[(١)] .

وفي حال افتراض قبول المحاكم بتنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية فإن ذلك سوف يكلف المستهلك الكثير بما قد يزيد من قيمة النزاع، فمن يصدر الحكم لصالحه(المستهلك) سوف يتكبد عناء الانتقال إلى بلد المحكوم ضده وسلوك الإجراءات الرسمية للوصول إلى تنفيذ الحكم وهو ما دفع البعض إلى القول بأن تنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية لا تتم أمام القضاء الوطني وإنما تتم بنفس الطرق التي صدر بها![(٢)] .

وفي حقيقة الأمر أن هذا كان نصب أعين القائمين على تطوير التجارة الالكترونية وأبرزها مراكز التسوية الالكترونية، كيف لا وقد نشأت من أجل تحقيق الرفاهية للمستهلك وتحقيق أكبر قدر من الأمان له عند تعامله عبر الانترنت، لذلك خلقت تلك المراكز العديد من الوسائل الذاتية Auto Execution التي تمكنها من تنفيذ ما يصدر عنها من أحكام وتنفيذها ذاتياً دون اللجوء إلى الطرق القضائية التقليدية.

ويمكن تقسيم تلك الوسائل الذاتية لتنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية إلى وسائل ذاتية غير مباشرة وهي التي يقوم المركز من خلالها بالضغط على البائع لتنفيذ الحكم الصادر عنه دون تدخل من المركز مباشرة، ووسائل ذاتية مباشرة وهي التي يكون لمركز التسوية دور فعال في تنفيذ تلك الأحكام، وذلك على النحو التالي:

---

(١) انظر:

Li Hu: **Online Arbitration In China**, op.cit, p.9.

(٢) للمزيد انظر:

Gabrielle Kaufmann-Kohler: **Online Dispute Resolution and its Significance forInternational Commercial Arbitration**, op.cit, p.453.

أولاً: وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر لأحكام التحكيم الالكترونية:

بعد صدور حكم التحكيم الالكتروني يرسل الحكم إلى المحكوم ضده(البائع) للقيام بتنفيذه، وهو بذلك يقوم بتنفيذ الحكم بمعرفته دون التدخل المادي من المركز ويبقى دور المركز في ذلك هو دفع المحكوم ضده إلى التنفيذ من خلال تقديم جملة من الحوافز تحمله على التنفيذ[١] .

ويستخدم مركز التسوية الالكترونية جملة من الوسائل المختلفة الهدف منها الضغط على المحكوم ضده(البائع) للقيام بإجراءات التنفيذ، وفي حال عدم القيام بذلك فإنه يفقد العديد من الميزات التي يقدمها له المركز والتي تمنحه أفضلية عند عملائه مما يترتب عليه تحمله لخسارة فادحة[٢] .

ويملك المركز في سبيل ذلك عدة وسائل كعلامة الثقة، ونظام إدارة السمعة، ونظام القائمة السوداء، ونظام الطرد من الأسواق الالكترونية، ونظام الغرامة التهديدية، وذلك على النحو التالي:

١. **التهديد بسحب علامة الثقة**TrustMark:

حيث تتولى جهات معينة منح من يرغب في ممارسة التجارة الالكترونية علامة ثقة توضع على موقع البائع الالكتروني مقابل أن يلتزم البائع بقواعد مانح العلامة والتي عادة ما تخدم المستهلك، ومن أبرز تلك الالتزامات هو تنفيذ القرارات التي يصدرها مركز التسوية الالكترونية التابع لهذه الجهات[٣] .

وفي الواقع، فإن هذه العلامة تمثل قيمة اقتصادية كبيرة للبائع، لأنها وسيلة جذب للعملاء وهي في نفس الوقت درع أمان للمستهلك[٤] بحيث يتعامل من خلال الموقع وهو

---

(١) انظر:
Thomas Schultz: **Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, op.cit. p6.

(٢) انظر:
Gabrielle Kaufmann-Kohler: **Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration**, op.cit, p.454.

(٣) انظر:
Alan Wiener: **Regulations and Standards for Online Dispute Resolution: A Primer for Policymakers and Stakeholders**, op. cit.

(٤) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٥٤.

مطمئن من عدم وجود غش أو نصب قد يلحقه، ثم أنها وسيلة للوصول إلى حقه في حالة وقوع أي خلل في الصفقة التي يبرمها مع البائع حامل تلك العلامة[١].

وفي مجال تنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني نجد أن مركز التسوية الالكترونية يهدد البائع المستفيد من علامة الثقة بسحبها في حال عدم التزامه بتنفيذ الحكم الصادر عن مركز التسوية، ومصدر هذا الالتزام يكمن في العقد الذي أبرمه البائع مع الجهات المانحة لعلامة الثقة الذي يلتزم بموجبه البائع بتنفيذ الأحكام والقرارات التي تصدر عن مركز التسوية الالكتروني في حال صدورها لمصلحة المستهلك وإلا سحبت منه تلك العلامة[٢].

٢. **نظام إدارة السمعة**[٣]:

تستخدم هذه الوسيلة في مراكز التسوق الالكترونية التي تمثل سوقاً كبيراً به العديد من المتاجر التي تستفيد من سمعة هذا السوق، والذي بدوره يضع قواعد للبيع من خلاله تشكل حمايةً للمستهلك وتحوز على رضاه، فعادة ما تكشف للمستهلك السيرة الذاتية للبائع من خلالها ويطلع عليها عند رغبته في التعاقد[٤].

ولعل أوضح مثالٍ في هذا المقام هو موقع E-bay الذي يستخدم نظام إدارة السمعة ويحوز على ثقة المستهلكين من مختلف دول العالم. فهو يكشف للمستهلك الراغب في الشراء من خلاله السيرة الذاتية للبائع الذي يرغب في التعامل معه وذلك بمجرد النقر على E-bay evaluation[٥]، كما أن هناك نتائج لتقسيم أعضاء المركز من البائعين وفق نظام

---

(١) انظر:
Julia Hörnle:**Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions**, op.cit, p.7.

(٢) انظر:
Thomas Schultz: **Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust**, op.cit, p.87.

(٣) انظر:
Xiaohua Li: **An Empirical Study of Tradera's Reputation System**, 2009, available online: http://umu.diva-portal.org/smash/get/diva2:225877/FULLTEXT01.

(٤) قارن عند:
Alan Wiener: **Regulations and Standards for Online Dispute Resolution: A Primer for Policymakers and Stakeholders**, op. cit.

(٥) للمزيد انظر:
Julia Hörnle:**Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions**, op.cit, p.8.

القائمتين حيث توضع بها النقاط الايجابية والنقاط السلبية من خلال الضغط على رمز البائع[١].

وتمثل النقاط السلبية عدم التزام البائع بقواعد المركز ومن أهمها تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عن مركز التسوية الالكترونية Square trade والذي يتعامل معه مركز التسوق E-bay وفي جميع الأحوال لا يستطيع البائع محو هذه النقاط التي تفقده العديد من عملائه[٢].

فالمستهلك المتعامل من خلال مثل هذه المراكز يتعامل بثقة واطمئنان من أنه سوف يصل إلى حقه عند لجوئه إلى مركز التسوية الالكترونية والذي بدوره سوف يصدر حكمه لصالحه ضد البائع وليس أمام المهني إلا تنفيذ ذلك الحكم وإلا خسر الكثير من عملائه من خلال قيام المركز بوضع النقاط السلبية في خانات التقييم والتي يطلع عليها جمهور المستهلكين[٣].

٣. نظام القائمة السوداء:

في حال عدم فاعلية نظام منح علامة الثقة ونظام إدارة السمعة وعدم وصولهما إلى الغاية التي ترغب الجهات التي تملكها وذلك بإلزام البائع بتنفيذ أحكام وقرارات مركز التسوية الالكترونية فإنها تلجأ إلى نظام أكثر حده وهو نظام القائمة السوداء[٤]، وذلك من خلال حصر أسماء المواقع الالكترونية المخالفة في قائمة واحدة تسمى القائمة السوداء وتنشرها بصفة دورية على الموقع الالكتروني للجهات المانحة لعلامة الثقة أو العضوية في نظام مراكز التسوق الالكتروني[٥]، وقد ترسل نسخاً منها إلى جمعيات حماية المستهلك[٦].

---

(١) انظر:
Isabelle Manevy: **Online dispute resolution: what future?**, op.cit, p.17.

(٢) انظر:
Steve Abernethy: **Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems**, op.cit.

(٣) للمزيد انظر:
Gralf-Peter Calliess: **Online Dispute Resolution: Consumer Redress in a Global Market Place**, German Law Journal, Vol. 07 No. 08, 2006, p.635.

(٤) انظر:
Julia Hörnle: **Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions**, op.cit, p.9.

(٥) ومن أمثله المراكز التي تتعامل بنظام القائمة السوداء، انظر موقع: http://badbusiness.org/

(٦) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٥٨.

وسند هذه الجهات في إدراج تلك المواقع المخالفة في نظام القائمة السوداء هو الاتفاق المبرم بينها وبين تلك المواقع من أنها سوف تلجأ إلى إدراج الموقع الالكتروني في القائمة السوداء في حال عدم الوفاء بالتزاماته ومن ابرز تلك الالتزامات تنفيذ أحكام وقرارات مراكز التسوية الالكترونية[١].

وعلى هذا، فإن نشر اسم الموقع الالكتروني للبائع في القائمة السوداء-وهو مالا يرغب فيه البائع- سوف يجعله يفكر ملياً قبل رفضه تنفيذ أحكام وقرارات مركز التسوية الالكترونية، مما يعني أنها وسيلة ترغيب وترهيب للبائع تحثه على الالتزام بتنفيذ تلك الأحكام، وإلا عَرَّض نفسه لذلك الجزاء الذي سوف يفقده الكثير والكثير من العملاء.

٤. الطرد من الأسواق الالكترونية:

هذه الصورة هي أشد من سابقاتها حيث يتم حجب الموقع الالكتروني المخالف وحرمانه من تقديم عروضه على الانترنت وذلك حال مخالفته وعدم التزامه بأحكام وقرارات مركز التسوية ويسمى ذلك بالطرد من الأسواق الالكترونية[٢].

وصورة ذلك أن البائع عند إنشائه للموقع الالكتروني عبر الانترنت يقوم بإبرام عقد بينه وبين مقدم خدمات المعلومات وكذلك بينه وبين الجهات مالكة علامة الثقة أو مركز التسوق الالكتروني، بحيث يلتزم البائع مالك الموقع بقواعد الجهات التي سوف يدخل في عضويتها ومنها التزامه بتنفيذ أحكام وقرارات مراكز التسوية الالكترونية، فإن خالف ذلك فإن تلك الجهات تملك الطلب من مقدم خدمات المعلومات غلق صفحات الموقع بحيث لا يمكن لأحد المستخدمين الدخول إليه[٣].

ولأن هذا سوف يُلحق بالموقع الكثير من الخسائر فإنه يعد وسيلة من الوسائل التي تعين على تنفيذ أحكام وقرارات مراكز التسوية الالكترونية، وذلك بتهديد البائع من أن عدم التزامه بالتنفيذ سوف يعرضه للطرد وبالتالي فُقدان العملاء وفُقدان السمعة ونظراً لشدة هذا الجزاء فإنه قليل في الواقع العملي إذ لا تحبذه تلك المواقع الالكترونية[٤].

---

(١) انظر:
Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby:**E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law"**, op.cit, p.726.

(٢) للمزيد انظر:
Thomas Schultz:**Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, op.cit., p.6.

(٣) قارن عند:
Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby: **E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law"**, op.cit, p.731.

(٤) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٦٠.

٥. الغرامة التهديدية:

من أجل حث البائع المحكوم ضده على تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني الصادر من مراكز التسوية الالكترونية لمصلحة المستهلك الالكتروني، فإن بعض المراكز تلجأ إلى تقرير غرامة مالية تهديدية وذلك من خلال اتفاق يبرم بين البائع ومركز التسوية المختص بمنازعاته ويرتبط تقديرها بقيمه النزاع، بحيث تسدد هذه المبالغ إلى مركز التسوية مباشرة، وتخصم في حال عدم التنفيذ أو لمجرد التأخر في التنفيذ[١].

ويعد هذا النظام بمثابة شرط جزائي يُوَقّع على البائع الممتنع عن تنفيذ أحكام وقرارات مركز التسوية الالكتروني ويعتمد تقديره على قيمة النزاع، مع مراعاة وضع غرامات تأخير في حال التباطؤ في تنفيذ ذلك الحكم وحتى لا تسول له نفسه التلاعب بالمستهلك من خلال اللجوء إلى القضاء[٢].

وعلى ذلك، فإن وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر التي يلجأ إليها مركز التسوية الالكترونية تعد ذات فاعلية في حماية المستهلك الالكتروني حيث تساعده في الوصول إلى حقه بيسر وسهولة، مما يعني أن التحكيم الالكتروني يعد ملائماً لحل منازعات المستهلكين الالكترونية لكونه يصب في مصلحة المستهلك الالكتروني ويفعّل تلك الحماية التي وضعها القانون الوطني.

ثانياً: وسائل التنفيذ الذاتي المباشر:

بعد أن رأينا وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشرة التي يكون دور المحكوم ضده فعالاً في عملية التنفيذ، إلا أنه في هذه الصورة يكون العكس فيكون الدور الفعال لمركز التسوية الالكترونية بعيداً عن البائع، مما يعني أنها وسيلة أكثر حزماً[٣].

حيث تعمد مراكز التسوية الالكترونية إلى تنفيذ الأحكام والقرارات التي تصدرها بطريقة مباشرة دون حاجة إلى تدخل من المحكوم ضده (البائع) وهي في سبيل ذلك تلجأ إلى وسائل متنوعة تضمن من خلالها التنفيذ المباشر لتلك الأحكام[٤]، كالضمان المالي،

---

(١) د. عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٤٩١-٤٩٢.

(٢) انظر:
Gabrielle Kaufmann-Kohler: **Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration**, op.cit, p.453.

(٣) في التفرقة بين وسائل التنفيذ الذاتي المباشر ووسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر انظر:
Thomas Schultz: **Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, op.cit., p.7.

(٤) انظر:
Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby: **E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law"**, op.cit, p.729.

والتحكم في بطاقات الائتمان، والتنفيذ الذاتي الالكتروني عن طريق مشغل النظام، وذلك على النحو التالي:

١. إيداع ضمان مالي مغلق:

عند اللجوء إلى مركز التسوية الالكترونية، فإنه لكي يضمن المركز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عنه يطلب من البائع قبل بدء إجراءات التحكيم بتحويل مبلغ نقدي يقدر بحسب قيمة النزاع إلى حساب المركز، ويظل هذا المبلغ مغلقاً لا يمكن التصرف فيه خلال المدة المتفق عليها عند اللجوء إلى التحكيم(١)، فإذا ما صدر حكم التحكيم ضد البائع سهل على مركز التسوية الالكترونية تنفيذه من خلال المبلغ المالي المودع لديه دون حاجة إلى إذن مسبق من البائع(٢).

ويلاحظ هنا أن الملتزم بدفع مبلغ الضمان هو البائع في حال العقود التي تتم بين البائع الالكتروني والمستهلك B2C أما تلك العقود التي تكون بين طرفين من المهنيين B2B فإن الالتزام بدفع مبلغ الضمان يكون على عاتق الطرفين معاً(٣).

٢. ربط مركز التسوق الالكتروني ببطاقات الائتمان:

تعد هذه الوسيلة في غاية الخطورة حيث تمنح مركز التسوية الالكترونية التحكم في بطاقات الائتمان التابعة للبائع الالكتروني، وذلك من خلال اتفاق بين البائع صاحب الموقع الالكتروني ومركز التسوية الالكترونية يعطي لهذا الأخير الحق في إعادة أي مبالغ مالية تدفع بواسطة بطائق الائتمان إلى المستهلك في حال وجود أي خطأ في الدفع(٤).

وهذا الاتفاق يكون في صورة شرط تعاقدي يوضع في العقد المبرم بين البائع الالكتروني ومركز التسوية الالكترونية من جهة وبين الشركة مصدرة بطاقة الائتمان ومركز التسوق الالكتروني من جهة أخرى، كما أنه يوضع في العقد المبرم بين الشركة مصدرة بطاقة

---

(١) انظر:
Thomas Schultz: **Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust**, op.cit, p.78.

(٢) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٦٢.

(٣) انظر في ذلك:
Gabrielle Kaufmann-Kohler: **Online Dispute Resolution and its Significance forInternational Commercial Arbitration**, op.cit, p.452.

(٤) انظر:
Thomas Schultz: **Online Arbitration: Binding or Non-Binding?**, op.cit., p.8.

الائتمان والبائع ويعطي الحق لمركز التسوية الالكتروني في إرجاع المبالغ المالية المستحقة للمستهلك وفق قرار مركز التسوية دون الرجوع إلى البائع صاحب بطاقة الائتمان[١].

٣. تنفيذ الأحكام عن طريق المشغل الالكتروني:

في هذه الوسيلة المباشرة يكون لمركز التسوية الالكترونية القدرة على تنفيذ حكمه مباشرة عبر الانترنت من خلال وسائله الخاصة، وذلك باللجوء إلى مشغل الموقع الالكتروني وشطب الموقع الالكتروني في حال ثبوت مخالفته[٢].

وهذه الوسيلة تتم في حال اللجوء إلى هيئة الايكان ICANN[٣] المختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن استعمال أسماء الدومين والمواقع الالكترونية، فإذا ما صدر قرارٌ بإلغاء اسم أحد المواقع لتشابهه مع اسم موقع آخر، فإنه وخلال عشرة أيام من صدور القرار إذا لم يقم صاحب الموقع بتقديم ما يثبت أنه باشر الإجراءات القضائية أمام المحكمة الوطنية المختصة فإنه يتم شطب الموقع بواسطة المشغل التابع لهيئة الايكان بطريقة الكترونية[٤].

أما في حال عدم الوصول إلى تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني بالطرق السالفة الذكر فإن من الطبيعي أن يتقرر تنفيذ هذا الحكم على إقليم دولة معينة، ولا شك أن القوانين السارية في إقليم هذه الدولة هي التي سوف تحدد شروط وكيفية هذا التنفيذ وهو ما قد يصار إلى الطرق التقليدية لتنفيذ حكم التحكيم التقليدي، حيث يتطلب الأمر الحصول على الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم وذلك بطلب الأمر بالتنفيذ المقدم لرئيس المحكمة المختصة وفقاً لقوانين التحكيم الوطنية أو الاتفاقيات الدولي المرعية كاتفاقية واشنطن ١٩٥٨م بشأن التحكيم التجاري الدولي[٥].

---

(١) د. حسام أسامة محمد محمد شعبان: الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص٢٦٣.

(٢) للمزيد انظر:

Lee A Bygrave: **Online Dispute Resolution–What It Means For Consumers**,Op.Cit, p7.

(٣) في مثل هذه الإجراءات انظر في الفقه العربي: د. خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨م، ص٣٣٤، د. عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٤٧.

(٤) انظر:

Alan Wiener: **Regulations and Standards for Online Dispute Resolution: A Primer for Policymakers and Stakeholders**, op. cit.

(٥) راجع في ذلك تفصيلاً عند أستاذنا الدكتور عبد المنعم زمزم: قانون التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص٣٨٦ وما بعدها.

مع الاخذ في الاعتبار أن على الدول العمل على ملائمة قواعدها التشريعية الداخلية أو تلك الموجودة في الاتفاقيات الدولية لتساير متطلبات التحكيم الالكتروني، وهو ما بدى واضحاً في الكثير من الاعمال الدولي التي تحث الدول على تبني مثل هذه الوسائل الحديثة وتنظيمها والاعتراف بما ينتج عنها من مخرجات[١].

خلاصة ما تقدم:

يتجه الفقه إلى القول بأن التحكيم الالكتروني هو الوسيلة الأنسب لحل منازعات عقود المستهلكين الالكترونية، لما تتمتع به من مزايا عدة كالسرعة وانخفاض التكاليف وسهولة التنفيذ التي يمكن الوصول من خلالها إلى تسوية منازعات المستهلكين الالكترونية بيسر وسهولة، فالتحكيم الالكتروني يراعي عدة أمور لينسجم بذلك مع واقع التجارة الالكترونية ومن ثم عقود المستهلكين الالكترونية:

١. فهو نظام مرن جداً يراعي موقف المستهلك الالكتروني بحيث يكون اختيارياً بالنسبة له من حيث اللجوء اليه أو عدمه بل حتى الانسحاب منه[٢].

٢. إن مركز التسوية الذي يقدم التسوية عبر الانترنت يتسم بكونه محايداً ومستقلاً وذا سمعةٍ حسنةٍ كما هو الشأن بالنسبة لأصحاب علامات الثقة، حتى يضمن الجودة العالية والفعالة في تسوية النزاع الذي يعرض عليه.

٣. تكلفة اللجوء إلى تلك الوسائل مجانية أو على الأقل منخفضة جداً بالنسبة للمستهلك حتى لا تثقل كاهله أو تزيد من أعبائه المالية، وفي كثير من الصور يتحمل تلك التكاليف المهني من خلال اشتراكه في مراكز التسوية.

٤. إن نظام التحكيم بهذه الصورة يكون فعالا من حيث إمكانية الوصول إليه على قدم المساواة سواءً بالنسبة للمهني أو للمستهلك ومن أي مكان وفي أي زمان ودون أن تكون محملة بالشروط الأخرى، وهو كذلك من حيث تنفيذ الاحكام التي تصدر عنه حيث إن له وسائله الخاصة التي من خلالها يتم التنفيذ بيسر وسهولة.

وعلى هذا، فإن التحكيم الالكتروني يدفع تلك المثالب والعراقيل التي وضعها بعض الفقه في وجهه وحول مدى صلاحيته لحل منازعات التجارة الالكترونية ومنازعات المستهلكين الالكترونية على وجه الخصوص، بل إن تلك الاعتراضات ما زادت التحكيم الالكتروني إلا دقة

---

(١) راجع ما سبق بيانه ص٣١٧.

(٢) انظر:
Thomas Schultz: **Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust**, op.cit, p.61.

في التنظيم وابتكاراً للإجراءات، كإجراءات التنفيذ الذاتية التي قد تغني إلى حد ما عن اللجوء إلى القضاء الوطني في تنفيذ الأحكام الصادرة عن مراكز التحكيم الالكتروني.

وبذلك يتضح لنا ملاءمة التحكيم الالكتروني لحسم منازعات التجارة الالكترونية بصفة عامة ومنازعات عقود الاستهلاك الالكترونية بصفة خاصة لما يتمتع به من الملاءمة في الوسيلة والملاءمة في السرعة والملاءمة في التكاليف.

خلاصة الباب

عندما يتعاقد المستهلك من خلال شبكة الاتصال الدولية الانترنت من أجل الحصول على السلع والخدمات التي تسير حياته اليومية، فإن المؤسسات التي تنظم التجارة الالكترونية قد كفلت له العديد من الضمانات التي تحقق له الأمن والطمأنينة عند قيامه بالتسوق عبر الانترنت.

وقد واكبت العديد من التشريعات تلك الأحداث أولاً بأول، وان كان البعض منها مازال يتعامل معها باستحياء في التنظيم، فقد راعى المشرع خصوصية التجارة الالكترونية النابعة من خصوصية الشبكة ووضع القواعد التي تساير تلك التطورات .

فإذا ما واجه المستهلك مشكلة عند قيامه بالتعاقد مع مستخدمي الشبكة من البائعين، فإن التنظيم الحديث قد أعطاه خيارات أوسع في سبيل الوصول إلى حقه ودفع الضيم الذي يلحق به وهو يستند في ذلك إلى القواعد القانونية التشريعية والقواعد المادية التي أفرزتها التجارة الالكترونية.

ففي ظل العالم المادي فإن للمستهلك حق اللجوء إلى القضاء المختص وفق الضابط الخاصة بحمايته وهو محكمة موطنه أو محل إقامته، وفق التشريع والفقه الحديث، أو محكمة موطن المدعى عليه (البائع) أو المحكمة المتفق على اللجوء إليها، بشرط عدم الإخلال بحقوقه والقانون الذي يحقق له حمايةً أكثر.

أما الخيار الثاني فإن للمستهلك اللجوء إلى الفضاء الالكتروني، وذلك باللجوء إلى وسائل التسوية الالكترونية التي تقدمها مراكز التسوية الالكترونية في عالم الفضاء، حيث لا تواجد مادي للأطراف التي تقوم بتسوية تلك المنازعات عن طريق التحكيم الالكتروني.

ويحقق التحكيم الالكتروني للمستهلك السرعة وانخفاض التكاليف والمرونة في التعامل حيث يمكنه اللجوء إليه في أي وقت ومن أي مكان، بل والأهم من ذلك أن الغالب في أحكام التحكيم الالكترونية أنها تنفذ من خلال الشبكة مما يعني أنها لا تثقل كاهل المستهلك بشيء حيث لا انتقال ولا مصاريف، هذا بالإضافة إلى أنه يساعد على تبسيط وتحسين الإجراءات القانونية التي اتسمت بها القواعد التقليدية، كما أنه يشجع على زيادة الاتصال بين المهنيين والمستهلكين من أجل الوصول إلى حل ودي لمنازعاتهم وهو في نهاية المطاف يعطي حلا للنزاع بعيداً عن أروقة المحاكم.

وقد رجح الفقه الحديث كفة ميزان التحكيم الالكتروني على كفة القضاء العادي الذي يتسم بالبطء وارتفاع التكاليف مقارنةً بالتحكيم الالكتروني في مسائل التجارة الالكترونية، ولذلك فقد عمد الفقه إلى تذليل الصعوبات التي واجهت التحكيم الالكتروني والاعتراف به منذ نشأته وحتى يومنا هذا.

ولعله من الملائم هنا أن نذكر ما يجب أن يتوفر لنظام تسوية المنازعات الالكترونية من عوامل مهمة بجانب ما يتميز به، كي تساعد على انتشاره والثقة فيه حيث يجب: أن يتمتع بنظام فني يتيح مكنة التعرف على هوية الأطراف الحقيقية، وتكنولوجيا متطورة تساعد على سرية الوثائق والمعلومات التي يقدمها الطرفان وتعمل على حفظها وتخزينها بحيث تتيح مكنة الرجوع إليها في أي وقت وهو كذلك بالنسبة للأحكام التي تصدر عنه.

وهذا ما تتميز به التجارة الالكترونية من سرعة التطور والابتكار في القواعد والأسلوب، الذي يخدم الرفاهية ويحقق التنمية المجتمعية وفق قواعد العيش الحديث ليتناسب مع العالم اللامادي.

من هنا يدعو الباحث المشرع العربي إلى مواكبة التطور الذي لحق التجارة الالكترونية وعدم البقاء معزولا عن ذلك، ليحقق التكامل الاقتصادي والتجاري مع العالم، وذلك من خلال إجراء التعديلات وسن التشريعات التي تتلاءم مع مخرجات التجارة الالكترونية ابتداءً بإبرام العقد وما يتصل به حتى تنفيذه وانتهاءً بتنفيذ الأحكام التي تصدر عن مراكز التسوية الالكترونية وما يتطلب ذلك من عمليات، وإنشاء المراكز المتخصصة التي تحقق ذلك من خلال الدراسات والأبحاث المتعمقة.

خاتمة البحث
وتوصياته

خاتمة البحث وتوصياته

إن من المعلوم أن إبرام وتنفيذ المعاملات التجارية عبر شبكة الانترنت يجعل تكوين العقود التجارية أو الاستهلاكية أسهل وأسرع نسبياً، بالمقارنة مع العقود التقليدية، حيث لا يحتاج إلى انتقال الأطراف، وفي جوانب أخرى لا يحتاج إلى النقل المادي" المحسوس" للسلع والخدمات وإنما يتم ذلك بطريقة آلية.

ولا شك أن هذا التطور الهائل قد ألقى بظلاله على نطاق وكفاية القوانين التقليدية، حيث إن العديد من هذه القوانين لا تصلح لمعالجة كثير من جوانب التجارة الالكترونية المختلفة، وبالتالي سوف تظل الحاجة قائمة إلى الحصول على تفسيرات أو تعديلات لتلك القواعد، وعلى وجه الخصوص مايتعلق بالجوانب المختلفة للقانون الدولي الخاص، حيث تمس اليقين القانوني ونزاهة وعدالة القضاء.

وقد ناقشت هذه الدراسة بين دفتيها العديد من الجوانب المختلفة لموضوعات القانون الدولي الخاص ومدى كفاية قواعده المختلفة لحكم معاملات المستهلكين الالكتروني، وفي خاتمة هذه الدراسة يعرض الباحث لأهم تلك النتائج التي توصل إليها مع إرفاقها بأهم التوصيات التي يرى أنها ملحة وعاجلة لتطوير قواعد القانون الدولي الخاص في الوطن العربي، وعلى وجه الخصوص في كل من اليمن ومصر:

النتيجة الأولى: في التجارة الالكترونية بصفة عامة، انتهى الباحث إلى أن مفاهيم التجارة الالكترونية في ظاهرها لاتختلف عن مفاهيم التجارة التقليدية، ولكن في حقيقة الأمر أن مضامين كل مفهوم منها يختلف اختلافاً جوهرياً، ولذلك فإنه بات من الضروري أن تعامل هذه التجارة باستقلالية في قواعدها القانونية وعدم الاكتفاء بالقواعد التقليدية التي قد توصل إلى نتائج سلبية لا تلبي مفهوم العدالة القضائية.

ويمكن تحقيق المرونة للقواعد التقليدية من خلال تغيير بعض العبارات التي تمثل جمود مثل هذه القوانين في مواكبة التجارة الالكترونية، بالاضافة إلى دمج بعض الأحكام الجديدة في مثل هذه القوانين حتى تعطيها تلك المرونة، بمعنى أنه من الضروري وضع التشريعات الخاصة بتنظيم الجوانب المختلفة للتجارة الالكترونية بجانب القيام بما تحتاجه تلك القوانين التقليدية من تعديل وتوضيح حتى تتواكب مع هذا الواقع الجديد.

النتيجة الثانية: في المعيار المنظبط لتحديد دولية عقود الاستهلاك الالكترونية، انتهى الباحث إلى أن المعيار القانوني هو المعيار الجدير بإصباغ الصفة الدولية على عقود الاستهلاك الالكترونية، والذي يقوم على توافر العنصر الأجنبي في العقد، فالمعيار القانوني يصلح للكشف عن دولية عقود الاستهلاك الالكترونية الخالصة التي يعجز المعيار الاقتصادي عن تفسير دوليتها، والتي من أبرز صورها تلك العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً، مثل العقود التي ترد على البرامج الالكترونية أو الصوتية أو أفلام الفديو أو الكتب الالكترونية، إذ إن اختلاف موطن الأطراف يعتبر كافياً للقول بتحقق العنصر الأجنبي. ومن ثم، اعتبار العقد دولياً.

النتيجة الثالثة: فيما يتعاق بالقانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين الالكترونية، انتهى الباحث إلى أن ضوابط الإسناد التقليدية لا تصلح لحكم منازعات المستهلكين الالكترونية، ولا يختلف النقد الموجه إلى هذه القواعد عن النقد الموجه لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، فهي قواعد قامت على اعتبارات جغرافية معينة. ولذلك، فإن إعمال هذه القواعد على منازعات التجارة الالكترونية قد يلقي بظلال من الشك حول مفاهيمها القانونية التي تقوم على تلك الاعتبارات التقليدية، على عكس ماهو عليه الحال في مجال التجارة الالكترونية.

وفي مجال عقود الاستهلاك الالكترونية فإن القواعد التقليدية لا تحقق له مستوى أفضل من الحماية. ذلك أن، هذه القواعد تهدف إلى تحقيق العدالة الشكلية، وذلك بتطبيق أكثر القوانين صلة بالنزاع، ولم يكن هدف هذه القواعد تحقيق العدالة الموضوعية بتطبيق أفضل القوانين حماية للمستهلك. فهي لا تقوم على التفريق بين أنواع العقود لا بحسب طبيعتها ولا بحسب مراكز أطرافها. بالإضافة إلى أن الضوابط التي تقوم عليها تصب في خدمة المهني حيث يمكنه تطويعها لخدمته والإضرار بالمستهلك.

ولما كان ضابط الإرادة هو ضابط الإسناد الأصلي في مجال عقود التجارة الدولية، فإن هذا الضابط قد يكون مصدر قلق بالنسبة للمستهلك، حيث إنه الطرف الضعيف في العقد بعكس ماهو عليه المهني الذي له التفوق الفني والقانوني والاقتصادي. ومن ثم، فقد اتجهت العديد من التشريعات الوطنية والدولية إلى وضع قيود على مبدأ سلطان الإرادة الهدف منها هو حماية الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك، بحيث أوجبت أن لا يكون من شأن هذا الاختيار الإخلال بالقواعد الآمرة في قانون موطن المستهلك التي تمثل الحد الأدنى من الحماية المقررة له.

بل إن بعض هذه التشريعات قد جعلت الاختصاص لقانون محل إقامة المستهلك المعتادة وأطاحت بكل اختيار من شانه أن يخرج الاختصاص عن هذا القانون، كما هو الشأن في المادة ١٢٠ من القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧م، والمادة ١٩ من قانون حماية المستهلك لإقليم الكيبيك الكندي الصادر في ٣٠ يونيه ٢٠١٠م.

وبالرغم من الهدف من وراء هذا التشدد إلا أنه قد يخل بحماية المستهلك من جانب آخر، حيث إن إعمال قانون الإرادة بجانب قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك يحقق الكثير من الامتيازات بالنسبة للمستهلك، فقد يكون قانون محل إقامته المعتادة لا يحقق له الحماية المرجوة كما هي في القانون المختار من جانب الأطراف، وهذا ماجعل التشريع الحديث يتبنى المزج بين هذين الضابطين، فيعمل الأول ضابط الإرادة ويقيده بالثاني ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

النتيجة الرابعة: فيما يتعلق بقواعد البوليس والنظام العام ودورهما في حماية المستهلك، انتهى الباحث إلى أفضلية قواعد البوليس في بسط الحماية المرجوة للمستهلك ذلك أن قواعد البوليس قواعد مباشرة تعمل على توفير الحماية الفردية في المقام الأول، فمهمتها وقائية وليست علاجية، حيث تعمل مبتداءً على حماية الطرف الضعيف في العقد، بالإضافة إلى أن قواعد البوليس تعمل على تطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك، فقواعد البوليس في قانون القاضي تمثل الحد الأدنى من الحماية المقررة للمستهلك، ومعنى هذا أنه يمكن تطبيق القانون الأجنبي المختص متى كان أكثر حماية للمستهلك من الحماية التي تقررت له بموجب قواعد البوليس في قانون دولة محل إقامته المعتادة أو قانون دولة القاضي.

على عكس قواعد البوليس، يأتي دور النظام العام تالياً لإعمال ضوابط الإسناد، والذي يتمثل دوره في استبعاد القانون الواجب التطبيق لمجرد مخالفته لقاعدة أساسية في مجتمع القاضي بغض النظر عما يحتويه من قواعد حمائية وما إذا كانت أكثر حماية للمستهلك من عدمه. بمعنى أن النظام العام يتسم بالجمود فيما لو قارناه بقواعد البوليس التي تتسم بمرونة عالية في ذلك.

النتيجة الخامسة: فيما يتعلق بقواعد القانون الموضوعي الالكتروني، انتهى الباحث إلى أن هذه القواعد تمثل نظاماً قانونياً غير كامل، فهي قواعد قانونية في طور النمو والتكوين. فهذه القواعد لها بعض مقومات النظام القانوني إلا أنه يلحقها النقص والقصور، ولعل أبرز نقاط القصور الذي يعتري هذا القانون تلك القواعد التي تحمي الطرف الضعيف في العقد، والذي يبقى في حاجة لحماية المشرع الوطني، فهي قواعد توضع من قبل الشركات الكبرى وجمعيات المهنيين.

وبالرغم من أن القانون الموضوعي الالكتروني، قانون طائفي ونوعي، يُعنىَ بتنظيم معاملات الانترنت ومنها عقود الاستهلاك، فهو قد وجد من أجل هذه المعاملات، ولا شك أنه يكون الأجدر في تنظيمها وحل ما ينتج عنها من منازعات، إلا أن الأمر يتعلق بنظام أو منهج مازال في بدايته يعتريه بعض النقص والقصور في مسائل عديدة. وإذا كان الحال كذلك فإنه تبقى الحاجة إلى القوانين الداخلية والاستعانة بما تقدمه من حلول من خلال مناهج القانون الدولي الخاص بشقيه التنازعي والمادي، لمعالجة هذا النقص والقصور.

<u>النتيجة السادسة:</u> في قواعد الاختصاص القضائي، انتهى الباحث إلى أن القواعد التقليدية في مجال الاختصاص القضائي الدولي لاتتناسب مع منازعات المستهلكين الالكترونية وذلك لسببين: الأول: يتمثل في طبيعة الوسيلة المستخدمة في هذه العقود، وهي وسائل التجارة الالكترونية، حيث إن هذه الوسائل قد قلبت المفاهيم التي تقوم عليها قواعد الاختصاص القضائي الدولية، كالحدود الجغرافية والمكانية، وهي اعتبارات ليست ذات أهمية في مجال التجارة الالكترونية. ومن ثم، فإن إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية قد يخل بالحماية المقررة للمستهلك، بل وتزيده عبء إثبات عناصر هذا الاختصاص، كتحديد مكان الإبرام أو التنفيذ...الخ.

أما السبب الثاني: فيرجع لطبيعة عقود الاستهلاك ذاتها، فهي عقود تجري بين المهنيين، بما لهم من تفوق فني وقانوني واقتصادي، والمستهلكين الذين ليس لهم تلك الصفات، وإنما يكون همهم هو إشباع حاجاتهم الشخصية أو العائلية، ومن ثم، فإن قواعد الاختصاص التقليدية سوف تقعده عن المطالبة بحقه، فهي تتطلب أن يذهب المدعي إلى مقر المدعى عليه للمطالبة بهذا الحق، وهو ما لا يقدر عليه المستهلك، فهي عقود قليلة القيمة بل ومحدودة. ومن ثم، فإن حمايته لا تتقرر بمقتضى هذه القواعد.

ولذلك، فإن ضابط موطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة، هو الضابط الجدير بالتأييد في بسط الحماية الكاملة للمستهلك، فهذا الضابط يحقق للمستهلك الالكتروني الكثير من الإمتيازات الحقيقية والمهمة، فمن خلاله يستطيع المشرع حماية مواطنيه والمقيمين على إقليم دولته من جشع الموردين وطرقهم الملتوية والتي تجعل من المستهلك لقمة سائغة لهم. فعند وجود مثل هكذا ضابط يجعل المورد يسلك كل السبل التي من شأنها أن لا تعرضه للمقاضاة أمام محاكم الدول التي يمتد اليها نشاطه.

ومن ثم، فإن نتيجة إعمال هذا الضابط في مجال الاختصاص القضائي أنه يجعل كل الدعاوى المرفوعة على المستهلك من قبل المهني تحت اختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة، بينما يكون المستهلك بالخيار في رفع دعواه على المهني فله أن يرفع هذه الدعوى أمام محكمة موطنه أو محل إقامته المعتادة، أو أن يتبع المهني حيث محل إقامته أو مقر شركته، وهو في ذلك يخضع لتقدير مصلحته الشخصية.

<u>النتيجة السابعة:</u> فيما يتعلق بالتحكيم الالكتروني في عقود الاستهلاك الالكترونية، فقد انتهى الباحث إلى أن هذه الوسائل المستحدثة هي الوسائل الأنسب لحل منازعات عقود المستهلكين الالكترونية لما تتمتع به هذه الوسائل من تحقيقها للسرعة في البت في النزاع وانخفاض التكاليف، بل وانعدامها في بعض الفروض بالنسبة للمستهلك، وتمتاز هذه الوسائل أيضاً بسهولة التنفيذ، أو ما يسمى بالتنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الالكتروني، الذي يعد أكثر فاعلية وأقل تكلفة، بالنسبة للمستهلك، من اللجوء إلى نظام التنفيذ أمام القضاء الوطني.

وقد مر بنا اتجاه العديد من الدول إلى تنظيم مثل هذه الوسائل والتشجيع عليها بكونها تحقق المرونة الكاملة لوسائل التجارة الالكترونية، وهي في ذات الوقت تعمل على انقشاع خوف المستهلك من الدخول في مثل هذه المعاملات، فأغلب متعاملي الانترنت هم مستهلكون بشكل أو بآخر. ونجد من ذلك دول الاتحاد الأوربي فقد حث التوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الالكترونية رقم ٢٠٠٠/٣١ الدول الأعضاء على تبني مثل هذه الوسائل وتنظيمها، وهو كذلك في مشروع القانون النموذجي للتحكيم الالكتروني في عقود الاستهلاك الالكترونية لرابطة الدول الأمريكية ٢٠٠٨م، حيث شجع العديد من الدول على تنظيم هذه الوسائل وتطويرها.

وبما انتهينا إليه من نتائج فإن الباحث يُتوِّجُ ذلك بإبراز أهم التوصيات التي يقدمها كمعالجات متواضعة منه لبعض أوجه الخلل الذي تم بحثها في جوانب هذه الدراسة، وهو ما سوف يعرض له على النحو التالي:

١. ندعو المشرع العربي على وجه العموم والمشرع اليمني والمصري على وجه الخصوص، إلى اقتفاء أثر غيره من المشرعين في الدول الحديثة، وذلك بإصدار تقنين متكامل يجمع بين دفتيه قواعد وأحكام القانون الدولي الخاص بما يتلاءم وتطورات العصر الحديث، حتى لا تبقى هذه الأحكام متناثرة بين فروع القانون المختلفة.

٢. في سبيل تحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك بصفة عامة والمستهلك الالكتروني بصفة خاصة، فإن الباحث يوصي المشرع اليمني والمصري بتقنين ضابط موطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة، كضابط للاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود الاستهلاك، وضابط إسناد في نفس الوقت، وفي سبيل ذلك فإن الباحث يقترح النص التالي:
" في المنازعات المتعلقة بعقد أبرم من قبل شخص(المستهلك) لغرض يعد خارج نطاق تجارته أو مهنته مع شخص(المهني) استهدف بنشاطة التجاري محل إقامة المستهلك، ينعقد الاختصاص بشأنها دون المساس بالأحكام العامة في الاختصاص القضائي الدولي:

أ. لمحاكم الجمهورية باعتبارها محكمة محل إقامة المستهلك، أو محكمة محل إقامة المهني أو مقر عمله، أو المحكمة المتفق على عقد الاختصاص لها، بحسب اختيار المستهلك، في دعواه ضد المهني.

ب. في الدعاوى التي يرفعها المهني في مواجهة المستهلك يكون الاختصاص بشأنها لمحاكم الجمهورية.

ج. يجوز الاتفاق على خلاف الأحكام المقررة في الفقرة (أ، ب) وعقد الاختصاص لمحكمة أخرى، بشرط أن يكون هذا الاتفاق لاحقاً على قيام النزاع"

وفي مجال الاختصاص التشريعي بشأن عقود المستهلكين، فإن الباحث يوصي بالنص التالي: "

١. تخضع العقود المتعلقة بشراء المستهلك للسلع والخدمات لأغراض غير مهنية أو تجارية، للقانون المختار من جانب الأطراف، دون أن يكون هذا القانون مخلاً بالحد الأدنى من الحماية المقررة للمستهلك بموجب القواعد الآمرة في قانون محل إقامته المعتادة.

٢. إذا لم يكن هناك اختيار من جانب الأطراف، طبق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، شريطة أن يكون العقد قد أبرم نتيجة استهداف البائع بنشاطه محل إقامة المستهلك بأي وسيلة".

٣. وفي سبيل تذليل الصعوبات أمام مخرجات الانترنت وما أفرزته من نماذج قانونية، كالتحكيم الالكتروني، وتحقيق المواءمة بين البيئة الالكترونية والبيئة القانونية فإن الباحث يوصي باتباع ثلاث خطوات مهمة:

الخطوة الأولى: اقتراح معيار دولي لبيان مضامين التحكيم الالكتروني وكيفية الاستفادة من مخرجاته، وذلك عن طريق قانون نموذجي أو اتفاقية دولية.

الخطوة الثانية: تعديل التشريعات الوطنية بما يتلاءم مع هذا القانون النموذجي والاتفاقيات الدولية.

الخطوة الثالثة: إن مجرد نشر قوانين عصرية أو حديثة أو الدخول في معاهدات واتفاقيات دولية يبقى غير كاف لتأمين تطبيق تلك النصوص والسير في إسقاطها على أرض الواقع، وأن من الضروري أن تترافق هذه المبادرة- على الأقل- مع عملية تثقيف للقضاة المحليين لتأمين التجانس في الحلول وللتطبيق الجيد للنصوص المعدلة.

وأخيراً آمل من الله العلي القدير أن يكون هذا العمل المتواضع بين يدي القارئ الكريم، قد أسهم في تذليل بعض العقبات فيما يخص المستهلك الالكتروني، من تقديم الحلول المثلى لتسوية منازعاته مع المهني أو في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك.

وفي الختام لا يسعني ألا أن أردد ما جاء عن القاضي الفاضل عبد الرحيم البيساني العسقلاني في رسالته إلى عماد الدين الأصفهاني:

" لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"[1].

"وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين"

(١) هذه المقولة، قد قالها الأديب الكبير- عبدالرحيم بن علي بن السعيد اللخمي، المعروف بالقاضي الفاضل، المولود سنة ٥٢٩ للهجرة ، والمتوفى في القاهرة سنة ٦٩٥ للهجرة، وهو الأديب المعاصر للعماد الأصفهاني. وقد أشار إلى هذه المقولة، التي حيّرت العلماء والأدباء، حاجي خليفة، ودوّنها في كتابه «كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون»، وهو أنفع وأجمع ما كُتب في موضوعه بالعربية، إذ ذكر حاجي خليفة، هذه المقولة، منسوبة إلى القاضي الفاضل، في الفصل الرابع، من الجزء الأول، من كتابه «كشف الظنون» طبعة المكتبة الإسلامية، بطهران. نقلت هذه التحقيقات عن: الأديب علي بن حسن العبّادي في مقالة بعنوان" تصحيح مقولة تفشت بين العلماء والادباء"، نشرت له في جريدة الرياض السعودية، العدد ١٥٠٤٦ في ٣ سبتمبر ٢٠٠٩م.

قائمة الأشكال
والملاحق

أولاً: الأشكال

الشكل رقم ١

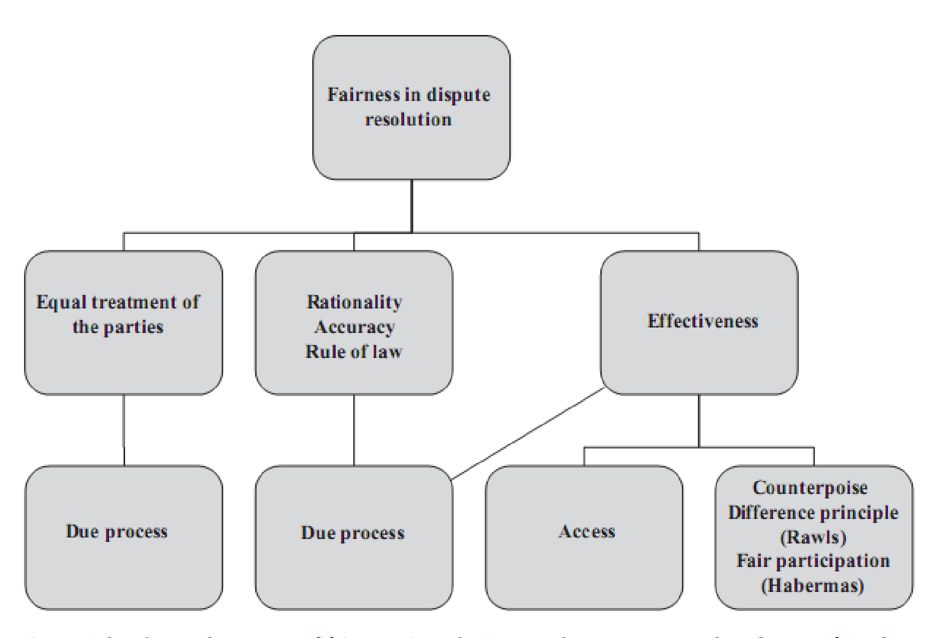


Fig. 2. The three elements of fairness in relation to due process and Habermas' and Rawls' theories.

الرسم التوضيحي للعناصر الثلاثة لعدالة الاجراءات أثناء سير الخصومة، الشكل مقتبس من:

Julia Hörnle**: Cross-Border Internet Dispute Resolution**, Cambridge, UK, 2009, p16.

الشكل رقم ٢
استمارة طلب التحكيم الالكتروني لدى مركز محكمة الفضاء التابع لجامعة مونتريال

Demande d'arbitrage

Les Parties

Identité du Demandeur
* Nom de l'entité ou de la personne physique
Identité du Défendeur
* Nom de l'entité ou de la personne physique

Demande

*** Nature et circonstances du différend**

Décrivez la nature et les circonstances ayant donné naissance au différend. Veuillez fournir tous documents contractuels se rapportant au différend en question.

*** Valeur du litige** **Note:** La valeur du litige est nécessaire pour déterminer les frais et honoraires. Sauf circonstances exceptionnelles, la valeur du litige représente le montant maximum que le Tribunal arbitral peut accorder. Si la demande n'est pas quantifiable, le Secrétariat évalue la valeur du litige.

Détails se rapportant au montant

Indiquez tous détails, informations ou explications relatifs au montant de la demande.

*** Redressement recherché**
Indiquez le redressement que vous recherchez dans le cadre de la procédure d'arbitrage.

Autres Commentaires ou Informations

Indiquez tout autre commentaire ou information qui peut se révéler pertinent dans le cadre de cette demande.

Autres Procédures
Indiquez toute autre procédure légale, commencée ou terminée, en relation avec le présent différend.

Clause d'arbitrage

Contenu de la Clause d'arbitrage
Si vous avez une clause d'arbitrage avec le Défendeur, renvoyant ou non au Règlement d'arbitrage du CyberTribunal II, veuillez la copier dans l'espace prévu ci-dessous.

Commentaires et Propositions
Insérez tout commentaire relatif au siège d'arbitrage, aux règles de droit applicable et à la langue de la procédure.

Tribunal arbitral

*** Nombre d'arbitres**

Si vous souhaitez que le Tribunal arbitral soit composé de trois arbitres, veuillez le noter ci-dessous.

☐ Trois (3) Arbitres

Le CyberTribunal II désigne habituellement un arbitre unique à moins que les Parties conviennent de soumettre le différend à trois arbitres. Il faut noter que les frais pour un Tribunal de trois membres sont considérablement plus élevés.

Nomination du Tribunal arbitral

*** Qualifications de(s) l'arbitre(s)**

Indiquez toute information se référant aux qualifications recherchées chez l'arbitre. (ex. langue, localisation géographique, champ d'expertise, etc.)

Déclarations finales du Demandeur

Le Demandeur souhaite que la présente Demande d'arbitrage fasse l'objet d'une sentence en accord avec le Règlement d'arbitrage du CyberTribunal II.

Par conséquent, le Demandeur déclare:

1. Que les réclamation(s) et redressement(s) recherchés ne concernent que le Demandeur, et renonce à les employer à l'encontre de CyberTribunal II ou de ses employés ainsi qu'à l'encontre des arbitres, sauf dans le cas de faute volontaire.

2. Que les informations contenues dans la présente Demande d'arbitrage sont intégrales et véridiques dans la mesure des connaissances du Demandeur, que la Demande d'arbitrage n'est pas soumise dans un but impropre, tel que le harcèlement et que les assertions contenues dans la Demande d'arbitrage sont conformes aux règles et à la loi applicable.

DATE: Insérez la Date

NOM: Insérez votre Nom

الشكل رقم ٣

إستمارة رد المدعى عليه على طلب التحكيم الالكتروني لدى محكمة الفضاء التابعة لجامعة مونتريال

Réponse à la Demande d’arbitrage

Les Parties

Identité du Demandeur

* Nom de l’entité ou de la personne physique

Identité du Défendeur

* Nom de l’entité ou de la personne physique

Clause d’arbitrage

Clause d’arbitrage

Dans l’éventualité où vous avez une clause d’arbitrage avec le Demandeur se référant au Règlement d’arbitrage du CyberTribunal **II**, ce dernier s’engage dans cette procédure d’arbitrage en tant qu’institution d’arbitrage.

Si vous n’avez pas de clause d’arbitrage avec le Demandeur **ou** si la Clause ne renvoie pas au Règlement du CyberTribunal II, acceptez-vous que l’arbitrage soit régi par ce dernier?

☐ Oui, j’accepte

☐ Non, je n’accepte pas

Commentaires et Propositions relatives à la clause d’arbitrage
Insérez tout commentaire, information ou proposition relative à la clause d’arbitrage.

Commentaires et Propositions sur différents aspects de la procédure d’arbitrage.

Insérez tout commentaire relatif au siège de l'arbitrage, aux règles de droit applicable et à la langue de l'arbitrage.

Réponse

*** Nature et Circonstances du différend**
Répondez à tous les aspects de la Demande et décrivez la nature et les circonstances ayant donné naissance au différend. Assurez-vous que les documents contractuels relatifs à la naissance du différend sont fournis.

Autres procédures
Indiquez toute autre procédure légale, commencée ou terminée, en relation avec le différend en question.

Demande reconventionnelle

Une demande reconventionnelle n'est pas une réponse à une demande, mais une nouvelle demande complétée en opposition à la demande initiale. En complétant la demande reconventionnelle, vous créez une autre demande pour laquelle vous devrez supporter le fardeau de la preuve et avancer les frais d'arbitrage. Vous pouvez compléter dès maintenant la demande reconventionnelle, ou ultérieurement si le Tribunal arbitral y consent.

Nature et Circonstances du différend donnant lieu à la demande reconventionnelle
Décrivez la nature et les circonstances du différend donnant lieu à la demande reconventionnelle. Veuillez fournir tous documents contractuels se rapportant au différend en question.

Valeur de la demande reconventionnelle

$

Note: La valeur de la demande reconventionnelle est nécessaire pour déterminer les frais et honoraires. . Sauf circonstances exceptionnelles, la valeur de la demande reconventionnelle représente le montant maximum que le Tribunal arbitral peut accorder. Si la demande n’est pas quantifiable, le Secrétariat évalue la valeur de la demande reconventionnelle.

Détails se rapportant au montant

Indiquez tous détails, informations ou explications relatifs au montant de la demande.

Redressement recherché
Indiquez le redressement que vous recherchez dans le cadre de la demande reconventionnelle.

Autres Commentaires ou Informations

Indiquez tout autre commentaire ou information qui peut se révéler pertinent dans cette demande reconventionnelle.

Autres procédures
Indiquez toute autre procédure légale, commencée ou terminée, en relation avec la demande reconventionnelle.

Tribunal Arbitral

*** Nombre d'arbitres**

Si vous souhaitez que le Tribunal arbitral soit composé de trois arbitres, veuillez le noter ci-dessous.

☐ Trois (3) arbitres

Le CyberTribunal II désigne habituellement un arbitre unique à moins que les Parties conviennent de soumettre le différend à trois arbitres. Il faut noter que les frais pour un Tribunal de trois membres sont considérablement plus élevés.

*** Qualifications de(s) l'arbitre(s)**

Indiquez toute information se référant aux qualifications recherchées chez l'arbitre. (ex. langue, localisation géographique, champ d'expertise, etc.)

Déclarations finales du Défendeur

Le Défendeur souhaite que le présent litige fasse l'objet d'une sentence en accord avec le Règlement d'arbitrage du CyberTribunal II.

Par conséquent, le Défendeur déclare:

1. Que les réclamation(s) et redressement(s) recherchés ne concernent que le Défendeur reconventionnel, et renonce à poursuivre le CyberTribunal II ou ses employés ainsi que les des arbitres, sauf dans le cas de faute volontaire.
2. Que les informations contenues dans la présente Réponse à la Demande d'arbitrage ou dans la demande reconventionnelles sont intégrales et véridiques dans la mesure des connaissances du Défendeur, que la Réponse ou demande reconventionnelle n'est pas soumise dans un but illégitime, tel que le harcèlement et que les assertions contenues dans la Réponse ou la demande sont conformes aux règles et au droit applicables.

DATE: Insérez la Date

NOM: Insérez votre Nom

ثانياً: المــــلاحق

Draft Model Rules for Electronic Arbitration of Cross-Border Consumer Claims. Draft 8/15/2008

1. **Purpose**

The goal of these model rules is to establish a procedure for the electronic arbitration of the most common cross-border consumer claims that is simple, economical, effective, fast, and fair.

"Arbitration" is used here as a general term covering non-judicial dispute procedures, and does not necessarily entail the applicability to these procedures of laws governing formal arbitration[1].

2. Definitions[2]

2.1 "Consumer" means a natural person engaging in a commercial transaction for personal, family, or household use, and not for resale or other commercial activity.

2.2 "Business-to-consumer transaction" means a commercial transaction for value between commercial entities and consumers.

2.3 "Economic harm" means actual monetary loss sustained by a consumer in a business-to-consumer transaction, as the direct and foreseeable result of that transaction.

2.4 "Writing" includes data messages in both physical and electronic form, so long as the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

3. Scope of Claims

These procedures only apply:

a. To claims where the amount claimed by the consumer is not more than US$1,000, or the equivalent in other currency, and to any setoff claims up to that amount raised by the vendor, and

b. To cross-border disputes arising between a consumer domiciled or legally resident in one contracting state, and a business both doing business and engaging in the transaction in another contracting state, at the time of the transaction;[3] and.

c. To consumer claims against a vendor for economic harm arising from a business-to-consumer transaction in which:

I. the vendor delivered a product or service that was not fit for the purpose reasonably contemplated in the transaction; or
II. the product or service received by the consumer was damaged, or otherwise materially different from the product or service the parties agreed to;
III. the vendor failed to deliver to the consumer the product or service purchased, licensed, or leased after the consumer was charged;
IV. the vendor made express or factually implied misrepresentations of material fact about the product or service that was the subject of the transaction, which

affected the consumer's conduct or decision with regard to that product or service;

V. v. the vendor failed to comply with express warranties made to the consumer; or

VI. vi. the vendor charged or debited the consumer's financial, telephone or other account without authorization, or charged an amount for the transaction different from that agreed to.

4. Agreement to Arbitrate

4.1 An agreement or assent to arbitrate pursuant to these rules shall be in writing The arbitration agreement shall reference the procedure to be used, including the process and deadline for initiating an arbitration claim, the appointing authority that will select the arbitrator, and the expected costs of the procedure. The arbitration agreement may as appropriate include a reference to these model rules, and shall provide the email and physical address of the vendor, and of the arbitrator or other authority on which a consumer should deliver any arbitration claim.

4.2 Agreements optionally may take the form of an alternative that the vendor provides to the consumer to pursue arbitration covered by these rules in the event a dispute arises, and may provide the arbitrator with authority to award relief on certain claims without requiring proof of applicable law

5. Initiation of Arbitration Claim

5.1 An arbitration claim may be initiated by the consumer pursuant to these rules within one year after the occurrence of the facts giving rise to the claim. The consumer may initiate the

claim by delivering it in writing to the vendor, and to the arbitrator or other authority, that he or she wants to arbitrate a dispute. An arbitration claim should :

- briefly explain the dispute and reference the arbitration clause, · list the names, physical address, and email address of the consumer and of the business (if known);
- specify the amount claimed, and
- indicate the solution sought.

The consumer must also deliver copies of the arbitration claim to the arbitrator or appointing authority at the same time he or

she delivers the claim to the vendor.

Delivery of the arbitration claim, and of subsequent communications in the arbitration, shall be effected by post and email, or as otherwise provided in the arbitration agreement[4].

5.2 The vendor may in writing answer the consumer's claim. The answer must be delivered to the consumer and the arbitrator or other authority within 20 calendar days after delivery of the consumer's claim.

5.3 The arbitration will go forward, even if the vendor does not file an answer.

6. The Arbitrator

When an arbitrator is appointed, his or her full name, address, nationality, and email address shall be indicated, together with a brief description of the arbitrator's qualifications. The arbitrator appointed must also disclose to the parties any

circumstance that is likely to affect his or her impartiality. This includes any bias, any financial or personal interest in the result of the arbitration, or any past or present relationship with the parties or their representatives.

Challenges to arbitrators appointed, and the replacement of an arbitrator, shall be pursuant to the terms of the arbitration agreement or otherwise as provided by rules applicable to this arbitration proceeding[5].

7. Parties and Representation

7.1 Parties may be represented by counsel, if they choose, but representation by an attorney shall not be mandatory.

8. Proceedings

8.1 Disputes under these rules are resolved by reviewing documents and statements submitted by the parties. Documents may be provided either electronically or by post, concurrently with the sending of the claim and answer, or as otherwise provided by the arbitrator.

8.2 A party may request that the arbitrator hold one hearing by audio, video or email conference or other communications technology if the technical means are readily available. If the arbitrator decides to hold a hearing, taking into account the issues and amount in dispute, such hearing may occur even if the other party refuses to participate. If a party wants to have a hearing it must pay the communications costs for the arbitrator and both parties to participate using the technical means chosen[6].

8.3 The arbitrator has the authority to determine which evidence is relevant and material. Parties are expected to produce whatever evidence is requested by the arbitrator. The parties do not have to follow legal rules of evidence.

8.4 An arbitrator, or other person authorized by law may request production of documents or other evidence upon the request of any party or independently that is relevant and reasonable taking into consideration the amount of the claim.

9. The Award

9.1 Unless the parties agree otherwise, the arbitrator must make a decision in the form of an award or otherwise within 45 calendar days after his or her appointment.

9.2 Awards shall be in writing and shall be executed as required by law[7].

9.3 Arbitrators may grant appropriate relief to consumers who show economic harm resulting from claims within the scope of these model rules. Arbitrators shall, to the extent the parties have agreed, decide such claims and grant such relief on an equitable basis, based on an interpretation of these rules and without requiring proof of applicable law. In granting such relief, arbitrators may order, consistent with these rules, payment of money, return of a product or service, and/or replacement of a product or service. Arbitrators shall in calculating economic harm take into account any economic value the consumer retains as a result of the transaction. The arbitrator may use a vendor's claims to reduce or eliminate the amount owed by a vendor, but otherwise shall have no authority to enter an award for such relief

against a consumer. The arbitrator may also make an award based on the parties' settlement of a claim.

9.4 The award shall be final and binding, with preclusive effect up to US$1,000, or the equivalent in other currency, but subject to review in accordance with applicable state statutes governing arbitration awards[8].

9.5 Parties to an arbitration under these rules shall be deemed to have consented that judgment upon the arbitration award may be entered in any court having jurisdiction thereof[9].

10. Extensions of Time

10.1 The arbitrator may give each party one ten calendar day extension of any deadline in these rules, and otherwise for good cause shown.

10.2 When any action under these rules is due on an official holiday or a non-business day at the residence or place of business of the person whose action is due, the due date for the action is extended until the first business day which follows.

11. Language

11.1 The arbitration shall be conducted in the language used in connection with the transaction in dispute, unless another language is agreed upon by the parties. In the event of any dispute about the language used in connection with the transaction, the arbitrator or appointing authority may decide the language to be used.

12. Agreements between participating states

12.1 [States adopting these rules may facilitate them by entering agreed terms for implementation between two or more other states. It is contemplated that a model implementation agreement may be produced by the CIDIP process.]

---

1. These Model Rules are proposed as a complement to the proposed Model Law on Adjudication of Consumer Claims and Government Redress for Consumers Including Across Borders. These proposals are meant to work together as alternatives for providing meaningful redress to consumers. It is contemplated that a model implementation arrangement may be produced by the CIDIP process; the notes in this document suggest some of the issues such an arrangement could address. These Model Rules could also be used in conjunction with that model implementation agreement.
2. These Draft Model Rules should also be interpreted in light of the terms and definitions provided in the Legislative Guidelines for Inter-American Law on Availability of Consumer Dispute Resolution and Redress for Consumers.
3. These model rules are intended to apply to business-to-consumer transactions online, except in cases where a vendor has explicitly excluded transactions involving jurisdictions relevant to the consumer claim.
4. States may wish to consider the possibility of permitting the consumer to be charged a very small fee for such arbitration proceedings. If the consumer prevails, the arbitrator might in turn order repayment of this fee by the vendor.
5. States may wish to consider how their own authorities might support the effective use of this procedure, such as by maintaining a list of arbitrators to handle claims made pursuant to these model rules and by arranging to refer such claims to arbitrators for handling.
6. An enacting state may wish to provide appropriate communications technology for online dispute resolution of such consumer claims.
7. Given the small value of these consumer claims, it would be desirable that, as a rule, awards be kept brief and not be required to provided reasoned grounds.

8. These model rules do not set forth rules concerning appeals of arbitral awards. However, generally parties cooperating with the arbitration under these rules should not be deemed to have waived their right to appeal the validity of the arbitration agreement if: (a) the arbitration was not conducted in the manner described in these model rules, including the selection of the arbitrator; or (b) the arbitration did not provide the party with adequate notice of the arbitral proceedings.
9. Consideration could be given under these model rules as to whether or not the award is enforceable under the OAS Panama Convention on Commercial Arbitration or the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Given the small size of these consumer claims, however, use of these treaties may not be cost-effective. States may wish to separately consider whether it is appropriate to establish alternate incentives for compliance with such arbitral awards. Possibilities to consider include promoting a voluntary seal program that vendors can join only on condition that they satisfy all resulting arbitral awards; arranging for vendors joining the program to post a bond or other guarantee for amounts in dispute; and/or developing an arrangement whereby vendors would consent to the reversal of charges on their merchant bank accounts to reflect arbitral awards involving a credit card transaction.

قائمة المراجع
والمحتويات

أولا: المراجع باللغة العربية:

المراجع العامة:

- **د. إبراهيم أحمد إبراهيم:**
  - القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢م.
  - الوجيز في القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، ١٩٩٢م.
- **د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل:**
  - إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م.
  - الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م.
- **د. أبو العلا النمر:**
  - الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠٠٨م.
- **د. أحمد عبد الكريم سلامة:**
  - فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١ ٢٠٠٠م.
  - علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط١، بدون سنة نشر.
- **د. حسن الهداوي:**
  - القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان١٩٨٧م.
- **د. حفيظة السيد الحداد:**
  - الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي، عمان، ٢٠٠٤م.
- **د. سامي عبد الباقي أبو صالح:**
  - قانون الأعمال، مقدمة الأعمال التجارية، التاجر- المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

- **د. سميحة القليوبي:**
  - الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ج١.
- **د. طرح البحور على حسن فرج:**
  - تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٠م.
- **د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن:**
  - المسائل الأولية في قانون المعاملات المدنية الدولية، طبعة جامعة القاهرة فرع الخرطوم، ١٩٩٥م.
- **د. عبد الخالق حسن أحمد:**
  - الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج١ مصادر الالتزام، طبعة أكاديمية شرطة دبي ٢٠٠٦م.
- **د. عبد الفتاح بيومي حجازي:**
  - النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٢م.
- **د. عبد المنعم زمزم:**
  - الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- **د. عصام الدين القصبي:**
  - القانون الدولي الخاص، طبعة خاصة بجامعة المنصورة، ٢٠٠٩م.
- **د. عز الدين عبد الله:**
  - القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، ١٩٨٦م.
- **د. عكاشة محمد عبد العال:**
  - الوسيط في تنازع القوانين، أكاديمية شرطة دبي، ط٢، ٢٠٠٣م.
- **د. عنايت عبد الحميد ثابت:**
  - مبتدأ القول في أحكام فض تداخل مجالات انطباق القوانين في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤م.

- **د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد:**
  - تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤م.
- **د. محمد المرسي زهرة:**
  - الحماية المدنية للتجارة الالكترونية(العقد الالكتروني، الإثبات الالكتروني، المستهلك الالكتروني)، دار النهضة العربية،٢٠٠٨م ط١.
- **د. محمد عبد الله المؤيد:**
  - الإطار العام للقانون الدولي الخاص والنظرية العامة والضوابط المقررة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مطابع جامعة صنعاء، ٢٠١٠م.
- **د. مدحت محمد محمود عبد العال:**
  - مدخل للعلوم القانونية وفقاً لقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة، ج٢ ٢٠٠٣م، طبعة أكاديمية شرطة دبي.
- **د. هشام خالد:**
  - قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٠م.
- **د. هشام علي صادق:**
  - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م.
  - تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٢م.
  - القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠٠٥م.

المراجع المتخصصة:

- **د. أبو العلا النمر:**

➢ حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م.

- **د. أحمد شرف الدين:**

➢ جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة٢٠٠٣م.

- **د. أحمد عبد الكريم سلامة:**

➢ القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١ ٢٠٠٠م.

➢ القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة، القاهرة، بدون سنة نشر.

➢ قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م.

➢ مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص" القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، دار النهضة العربية، القاهارة ٢٠١٢م

➢ نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

- **د. أحمد محمد الهوا ري:**

➢ حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

- **د. أسامه أحمد بدر:**

➢ حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ٢٠٠٥م.

- **د. السيد محمد السيد عمران:**

➢ حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٦م.

- **أمينه خبابة:**

➢ التحكيم الالكتروني في التجارة الالكترونية، دار الفكر والقانون، المنصورة ٢٠١٠م.

- **د. أيمن ابراهيم العشماوي:**
  - مجلس العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩م.
- **د. إيهاب ماهر السنباطي:**
  - الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٨م.
- **د. بدران شكيب الرفاعي:**
  - عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، مصر، ص ٢٠١١م.
- **د. جمال محمود الكردي:**
  - التجارة الالكترونية والاختصاص القضائي بمنازعاتها، دراسة تطبيقية في عقود الاستهلاك عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠م.
  - تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.
  - مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- **د. حسام الدين فتحي ناصف:**
  - التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٥م.
  - حماية المستهلك من خلال تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤م.
- **د. حسن عبد الباسط جميعي:**
  - حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
- **د. حمد الله محمد حمد الله:**
  - حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة – دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٧م.
- **د. خالد ممدوح إبراهيم:**
  - التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨م.

➢ حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة،الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

- **د. خالد جمال أحمد حسن:**

➢ الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٦م.

- **د. رشا علي الدين:**

➢ النظام القانوني لعقد السياحة الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠م.

- **د. صالح جاد المنزلاوي:**

➢ الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨م.

➢ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٦م.

- **صلاح علي حسين:**

➢ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، درا النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٢م.

- **د. طرح البحور على حسن فرج:**

➢ عقود المستهلكين بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٧م.

- **د. عادل أبو هشيمة محمود حوته:**

➢ عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤م.

- **د. عاطف عبد الحميد حسن:**

➢ حماية المستهلك، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.

- **د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن:**

➢ حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م.

■ د. عبد الفتاح بيومي حجازي:

- حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م ط١.

■ د. عبد المنعم زمزم:

- قانون التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١م.

■ د. علاء الدين محمد ذيب عبابنه:

- تنازع القوانين في العقد الالكتروني الدولي، دراسة في القانون البحريني والمقارن، طبعة جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، بدون سنة نشر.

■ عصام الدين القصبي:

- النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.

■ د. عصام عبد الفتاح مطر:

- التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٩م.

■ د. محمد الروبي:

- دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩م.

■ د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء:

- التحكيم الكتروني، دار الثقافة للنشر عمان ٢٠١٠م.

■ د. محمد حسن قاسم:

- التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة إلى قواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٥م.

■ د. محمد حسين منصور:

- المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.

■ د. مصطفى أحمد أبو عمرو:

- مجلس العقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠١١م.

الرسائل العلمية:

- **د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي:**
  - القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٧م.
- **د. إبراهيم عبيد على آل علي:**
  - العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠١٠م.
- **د. إيمان مأمون أحمد سليمان:**
  - الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة ٢٠٠٦م.
- **د. إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي:**
  - الإطار القانوني للتجارة الالكترونية عبر الدول، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي ألاتفاقي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه جامعة المنصورة ٢٠٠٦م.
- **د. حسام أسامة محمد محمد شعبان:**
  - الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ٢٠٠٨م.
- **د. خالد عبد الفتاح محمد خليل:**
  - حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق، جامعة حلوان٢٠٠٠م.
- **د. سامي مصطفى فرحان:**
  - تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٦م.
- **د. سلامة فارس عرب:**
  - وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٨م.

- **د. سليمان أحمد فضل:**

➢ المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١م.

- **د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي:**

➢ القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ٢٠١٠م.

- **د. عمر عبد الفتاح على يونس:**

➢ جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ٢٠٠٨م.

- **د. عمر محمد عبد الباقي خليفة:**

➢ الحماية العقدية للمستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس٢٠٠٤م.

- **د. فؤاد محمد محمد العديني:**

➢ تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ٢٠١٢م.

- **د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز:**

➢ الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٨م.

- **د. محمد سعيد أحمد إسماعيل:**

➢ أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥م.

- **د. محمد عبد الله المؤيد:**

➢ منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٩٧م.

- **د. محمد مأمون أحمد سليمان:**

➢ التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ٢٠٠٩م.

- **د. محمود محمد ياقوت:**

- مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية ١٩٩٨م.

- **د. مراد محمود يوسف مطلق:**

- التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ، ٢٠٠٧م.

- **د. مساعد زيد عبد الله المطيري:**

- الحماية المدنية للمستهلك في القانون المصري والكويتي، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٧م.

- **د. مصطفى أحمد إبراهيم:**

- العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، ٢٠٠٩م.

- **د. منير أمين عبد المجيد:**

- تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٩م.

- **د. نبيل زيد سليمان مقابله:**

- عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية ٢٠٠٧م.

مقالات ومؤتمرات:

- **د. إبراهيم أحمد إبراهيم:**

- إدارة العقود والاتفاقيات الدولية، ورقه بحثية مقدمة لندوة الإدارة بالتعاقد، شرم الشيخ جمهورية مصر العربية في الفترة ٢٠- ٢٤ فبراير ٢٠٠٥م.

- **د. أحمد محمد الهوا ري:**

- عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ١٠- ١٢ مايو ٢٠٠٣م، المجلد الرابع.

- مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ٢٠٠٧.

- **د. أحمد صادق القشيري:**

- الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١، ١٩٦٥م.

- **د. أحمد عبد الكريم سلامة:**

- الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر، القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ١-٣ مايو ٢٠٠٠ الجلد الأول، الطبعة الثانية ٢٠٠٤م.

- حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، الفترة ٢٦-٢٨ ابريل ٢٠٠٣م.

- **د. أشرف وفا محمد:**

- عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٥٧، ٢٠٠١م.

- **د. آلاء يعقوب النعيمي:**

- الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨م.

- **د. بلال عبد المطلب بدوي:**

- التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة ٤٨، ٢٠٠٦م.

- **د. رضا متولي وهدان:**

- النظام القانوني للعقد الالكتروني، دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد٤٢ أكتوبر ٢٠٠٧م.

- **د. سامي عبد الباقي أبو صالح:**

➢ التحكيم التجاري الالكتروني، بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد٢٤ أكتوبر ٢٠٠٦م.

- **د. عبد الحق حميش:**

➢ حماية المستهلك الالكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات في الفترة ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م.

- **د. عدنان إبراهيم حسان:**

➢ المهني المفهوم والانعكاسات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العددالأول٢٠٠٤م.

- **د. عزت محمد علي البحيري:**

➢ القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر، الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م، المجلد الرابع.

- **د. عصام الدين القصبي:**

➢ تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م، المجلد الرابع، ص١٦١٨.

- **د. عماد الدين المحمد:**

➢ طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات في الفترة ٢٨-٣٠ ٢٠٠٨م.

- **د. كيلاني عبد الرضى محمود:**

➢ مفهوم المستهلك كأساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك الفرنسي، بحث مقدم لمؤتمر تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار، الذي نظمته كلية الحقوق بجامعة المنصورة خلال الفترة (٢٩ — ٣٠) مارس ٢٠٠٥م بالقاهرة.

- **د. محمد إبراهيم بنداري:**

➢ حماية المستهلك في عقد الإذعان ، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون ، التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة خلال الفترة (٦ — ٧) ديسمبر ١٩٩٨م.

- **د. محمد إبراهيم موسى:**

➢ التحكيم الالكتروني، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) الذي نظمته كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ٢٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨م.

- **د. محمود محمد ياقوت:**

➢ معايير دولية العقد، بحث منشور، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد٢٠ ابريل ٢٠٠٠م.

- **د. مصلح أحمد الطراونة، د. نور حمد الحجايا:**

➢ التحكيم الالكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق البحرين، العدد الأول المجلد ٢، ٢٠٠٥م.

- **القاضي/ مهيب معماري:**

➢ رقابة قضاء البطلان على القرارات التحكيمية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) الذي نظمته كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ٣٨-٣٠ ابريل ٢٠٠٨م.

- **د. نبيل محمد أحمد صبيح:**

➢ حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت — العدد٢ ، السنة الثانية والثلاثون، يونيو ٢٠٠٨م.

- **د. ياسر أحمد كامل الصيرفي:**

➢ حماية المستهلك وضرورة الإعلان عن السلع والخدمات باللغة القومية، بحث منشور، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، العدد ٧٥لسنة ٢٠٠٥.

ثانياً: المراجع الانجليزية:

الرسائل العلمية:

- **Julia Hörnle:**
  - Internet Dispute Resolution, PhD, Queen Mary University, London, 2007.
- **Knut Woestehoff**:
  - The Drafting Process for a Hague Convention on Jurisdiction and Judgments with Special Consideration of Intellectual Property and Ecommerce, LLM, University of Georgia School of Law, 2005.
- **Poyton D.A**:
  - Electronic Contracts: An Analysis Of The Law Applicable To Electronic Contracts In England And Wales And Its Role In Faciliating The Growth Of Electronics, PHD, university walesaberystwyth, 2004.
- **Stanislav Lovetski**:
  - International Sources of Consumer Protection, theses of the master, University Quebec à Montreal 2008.
- **Zheng Sophia Tang**:
  - Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws, HART Publishing Oxford and Portland, Oregon 2009, This book is based on PhD thesis submitted to the University of Birmingham in summer 2007.

الكتب المتخصصة:

- **Faye Fangfei Wang**:
  - Internet Jurisdiction And Choice Of Law: Legal Practices In The EU, US And China, Cambridge University, 2010.

- **Gabrielle Kaufmann-Kohler**:
  - Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration, ICC Publishing, 2005.
- **John Dikie**:
  - internet and electronic commerce – law in the European union. HART publishing , oxford 1999.
- **John O'Brien**:
  - Conflict Of Laws, Second Edition, Cavendish, London 1999.
- **Julia Hörnle:**
  - Cross-Border Internet Dispute Resolution, Cambridge, UK, 2009.
- **Hans Schulte-Nölke in co-operation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers:**
  - EC Consumer Law Compendium- Comparative Analysis-UNIVERSITAT BIELEFELD,2007.
- **Lorna E. Gillies**:
  - Electronic Commerce and International Private Law A Study of Electronic Consumer Contracts, Published by Ashgate, England, 2008.
  - Adapting international private law rules for electronic consumer contracts,published at, International Perspectives on Consumers' Access to Justice, Cambridge University Press 2003.
- **Norbert Reich:**
  - An European Concept of Consumer Rights: Some Reflections on Rethinking Community Consumer Law, At, New Developments in International Commercial and Consumer Law Proceedings of the 8th Biennial

Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law, Oxford, UK,1998.

❖ **Peter Arnt Nielsen:**

- Jurisdiction Over Consumer Contracts, paper published in a european commentaries on private International law brussels 1 regulation, sellier european law publishers, 2007.

❖ **Peter Carey**:

- The Internet and E-commerce, Published by Thorogood, London,2001.

❖ **Peter Stone:**

- EU Private International Law Harmonization of Laws, Edward Elgar, UK 2006.

❖ **Sharon K. Black:**

- Telecommunications Law in the Internet Age, The Morgan Kaufmann Series in Networking, USA, 2002.

❖ **Tapio Puurunen:**

- Dispute Resolution in International Electronic Commerce, Helsinki University Printing House, Finland 2005.

❖ **Uta Kohl :**

- Jurisdiction and the Internet, Regulatory Competence over Online Activity, Cambridge, UK, 2007.

الأبحاث والمقالات العلمية:

❖ **Alan Skaplisky**:

- The Use Of Pre-dispute Arbitration Agreements By Consumer Financial Services Providers, PHL_A #1832806 v1 I, available online:http://pdlba.com/images/PreDispute _Arbitration_ Agreement_2_.pdf.

❖ **Alan Wiener:**

➢ Opportunities And Initiatives In Online Dispute Resolution: Originally published in SPIDR News, Society of Professionals in Dispute Resolution, Summer 2000, Volume 24, No.3.

➢ Regulations and Standards for Online Dispute Resolution: A Primer for Policymakers and Stakeholders, 2001, available online: http://www.mediate.com/articles/awiener3.cfm.

❖ **Alfred W. Meyer:**

➢ Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach, Virginia Law Review, Vol. 50, No. 7 (Nov., 1964).

❖ **Ana-Juanita (G) :**

➢ Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Jurisprudence ،Transylvanian Review of Administrative Sciences, No. 38 E/2013,

❖ **Andrea Bonomi**;

➢ Mandatory Rules in Private International Law, The quest for uniformity of decisions in a global environment, This article summarizes some of the ideas expressed in Andrea Bonomi's book,Year book of Privat International Law Vol. I – 1999.

❖ **Andrés Guadamuz González:**

➢ The Legal Implications Of The C2C Electronic Commerce Model, Available online: http://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/1842/2259/1/eBaylaw.pdf.

❖ **Anita Ramasastry**:

➢ Government To Citizen Online Dispute Resolution: A Preliminary Inquiry, Washington Law Review Vol. 79:159, 2004.

❖ **Arnold Vahrenwald:**

➢ Out-of-court dispute settlement systems for ecommerce, The role of the Joint Research Centre of the EC, 2000, Available online: http://www.tbplaw.com/data/part4.pdf.

❖ **Bernd von Hoffmann**:

➢ Consumer Contracts and the 1980 Rome EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Journal of Consumer Policy 15: 365-384, 1992. Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands.

❖ **Catherine Kessedjian:**

➢ Electronic Commerce And International Jurisdiction, Hague Conference On Private International Law, Ottawa, 28 February to 1 March 2000.

❖ **Christine Riefa**:

➢ Article 5 of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations of 19 June 1980 and Consumer E-Contracts: The Need for Reform, This article is published in Information and Communication Technology Law, Vol. 13, No. 1, 2004.

➢ A French perspective on Misleading advertising campaigns for Internet access, Article published in (2003) Hertfordshire Law Journal 1(2) 23-29.

➢ The reform of electronic consumer contracts in Europe: towards an effective legal framework?, Lex Electronica, vol. 14 n°2 (Fall 2009).

❖ **Dan L. Burk;**

➢ Jurisdiction in a World Without Borders, Virginia Journal of Law and Technology Association 1997, 1 VA. J.L. & TECH. 3.

❖ **Denis T. Rice**:

➢ jurisdiction over Internet Disputes Different Perspectives Under American and European law in 2002, available online:http://www.howardrice.com/uploads/content/jurisdiction_internet.pdf.

➢ Jurisdiction Over Privacy Issues On The Internet, works paper, Cyberspace Law Committee of the Business Law Section and the International Law Section, State Bar of California, November 4, 2004, available online:http://www.howardrice.com/index.cfm?fuseaction=people.personDetail&id=9554.

❖ **Erin Ann O'hara:**

➢ Choice of Law For Internet Transactions: The Uneasy Case For Online Consumer Protection, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 153: 2005.

❖ **Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby**:

➢ E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law", Ohio State Journal On Dispute Resolution, Vol. 15:3 2000.

❖ **Ewoud Hondius**:

➢ The Notion of Consumer: European Union versus Member States, Sydney Law Review, 2006, Vol28:89.

❖ **Friedman, David**;

➢ Contracts in Cyberspace, Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series, 06-01-2001, available online: http://escholarship.org/uc/item/ 9pw748fm.

❖ **Giesela Rühl:**

➢ Consumer Protection In Private International Law, available online:www.ilehamburg.de/_data/Hamburg_ lectures_ Ruehi_paper.pdf.

➢ **:** Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, CLPE Research Paper 4/2007, VOL. 03 NO. 01.

❖ **Gina T. Constant:**

➢ Mandatory Arbitration of Public Utility Consumer Disputes: An Examination of Public Policy and the Typical Cell Phone Contract, available online: http://pegasus. rutgers.edu/~rcrlj/articlespdf /constant.pdf.

❖ **G. R. Delaume:**

➢ What is an International Contract? an American and a Gallic Dilemma, International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) Vol. 28, No. 2 , April 1979,

❖ **Gralf-Peter Calliess:**

➢ Online Dispute Resolution: Consumer Redress in a Global Market Place, German Law Journal, Vol. 07 No. 08, 2006.

❖ **Gülören Tekinalp**:

➢ The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law And International Civil Procedure, Yearbook of Private International Law, Volume 9 2007, sellier. European law publishers & Swiss Institute of Comparative Law.

❖ **Hans Ulrichn Jessurun & D'Oliveira:**

➢ "Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention, The American Journal of Comparative Law, Vol. 25, No. 2 (Spring, 1977).

❖ **Isabelle Manevy:**

➢ Online dispute resolution: what future?, Juriscom.net, 12 January 2002, available online: http://www.juriscom.net/uni/mem/17/odr01.pdf.

❖ **James Douglas:**

➢ Arbitration of international sale of goods disputes under the Vienna convention paper delivered at the institute of arbitrators and mediators Australia national conference 2006 ,available onlin:http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/douglas.html.

❖ **Jillian G. Brady and Spencer Weber Waller:**

➢ Consumer Protection in the United States: An Overview, available online:http://www.luc.edu/law/academics/special /center /antitrust/pdfs/us_consumer_protection.pdf.

❖ **Jillian R. Camarote:**

➢ A little More Contract Law With My Contracts Please: The need to apply unconscion ability directly to choice-of-law clauses, Seton Hall Law Review , Vol ,2009.

❖ **Joel R. Reidenberg:**

➢ Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology, *Texas Law Review Vol 76, No 3, February 1998*.

❖ **Jonnette Watson Hamilton:**

➢ Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?, Mcgill Law Journal, 2006, 51(McGill L.J.).

❖ **Juan Pablo Varga:**

➢ Jurisdiction And Applicable Law, 2004, Available Online:http://www.emarketservices.com/clubs/ems/prod/Jurisdiction.pdf.

❖ **Julia Hörnle:**

➢ Legal Controls on the Use of Arbitration Clause in B2C E-commerce Contracts, Masaryk University Journal of Law and Technology, Vol. 2, N. 1, 2008.

➢ online dispute resolution- the emperor's new clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration, 17th BILETA Annual Conference 2002, University, Amsterdam.

➢ Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions, Journal of Information, Law and Technology, (JILT), ISSUSE 2, 2002.

❖ **J.W. goodman:**

➢ the pros and cons of online dispute resolution an assessment of cybermediation websites: Cite as 2003 Duke L. & Tech. Rev. 0004**.**

❖ **Karen Alboukrek:**

➢ Note: Adaptiong To A New World Of E-Commerce: The need for uniform consumer protection in the international electronic marketplace, George Washington International Law Review 425, 2003.

❖ **Karim Benyekhlef, Fabien Gélinas**:

➢ Online Dispute Resolution, Lex Electronica, vol.10 n°2, Summer 2005.

❖ **Lee A Bygrave & Dan Svantesson:**

➢ Jurisdictional Issues and Consumer Protection in Cyberspace: The View from "Down Under" [Paper presented at conference entitled "Cyberspace Regulation: E-Commerce and Content", Grace Hotel, Sydney, 24.05.2001], Available online:http://www.austlii.edu.au/au/other/CyberLRes/2001/12/.

❖ **Lee A Bygrave**:

➢ Online Dispute Resolution–What It Means For Consumers, Paper presented at a conference entitled 'Domain Name Systems and Internet Governance' organised by the Baker & McKenzie Cyberspace Law and Policy Centre in conjunction with the Continuing Legal Education programme of University of NSW, Grace Hotel, Sydney, 7 May 2002.

❖ **Li Hu:**

➢ Online Arbitration In China, paper work, Proceedings of the Third Annual Forum on Online Dispute Resolution, The Forum on ODR was held in Melbourne, Australia, 5-6 July 2004, hosted by the International Conflict Resolution Centre at the University of Melbourne in collaboration with the United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP).

❖ **Lorna E Gillies:**

➢ A Review of the New Jurisdiction Rules for Electronic Consumer Contracts within the European Union, Journal of Information, Law and Technology(JILT) : 28 February 2001, Issue 1.

❖ **Louis F. Del Duca, Albert H. Kritzer & Daniel Nagel:**

➢ Achieving Optimal Use of Harmonization Techniques in an Increasingly Interrelated Twenty-First Century World Consumer Sales: Moving the EU harmonization Process to

a global plane, available online: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca-kritzer-nagel.html.

❖ **Martijn W. Hess link:**

➢ European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice? Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series 2006. Available online SSRN: http://ssrn.com/abstract=946727.

❖ **Mehta, Swati Mehta**:

➢ Consumer Protection in India: The Path Covered and the Journey Forward (March 5, 2010), Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1565522..

❖ **Mohamed S. Abdel Wahab:**

➢ Dispute Resolution and Information Technology at Crossroads: The Leading Edge, fourth UN forum on online dispute resolution, cairo, egybt, march 22-23, 2006.

❖ **Mohammad Reza Baniassadi:**

➢ Do Mandatory Rules Of Public Law Limit Choice of Law In International Commercial Arbitration?, Berkeley Journal of International Law, Volume 10, Issue 1, Article 2 1992.

❖ **Mo Zhang:**

➢ Contractual Choice Of Law In Contracts Of Adhesion And Party Autonomy, AKRON LAW REVIEW 3/23/2009.

❖ **Nicolas Soubeyrand:**

➢ Mandatory Rules , LL.M. in Business law, 2001. available online:http://www.gourion.com/html_site_FR/Super-mandatory_Rules.pdf·

❖ **Paul Przemyslaw Polanski**:

- Towards a supranational Internet law, Journal of International Commercial Law and Technology Vol.1 Issue 1 2006.

❖ **Peter Arnt Nielsen:**

- Jurisdiction Over Consumer Contracts, paper published in a european commentaries on private International law brussels 1 regulation, sellier european law publishers, 2007.

❖ **Quan Nguyen:**

- The network of banks and the private regulation of e-commerce, International Journal of e-Business Management,2007 vol. 1, no. 1.

❖ **Rafal Morek:**

- Online Arbitration: Admissibility within the current legal framework, the Joint Research Center of the European Commission, available online:http://www.odr.info/Re%20 greetings.doc.

❖ **Randy V. Sabetr**:

- International Harmonization In Electronic Commerce And Electronic Data Interchange: A proposed first step toward signing on the digital dotted line, The American UNviersity Law Review Vol. 46, 1996.

❖ **Richardson, Nicky**:

- The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine, Bond Law Review1989: Vol. 1: Iss2 Article 9.

❖ **Ronald A. Brand:**

- Intellectual Property, Electronic Commerce and the Preliminary Draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters,

CASRIP Publication Series: Rethinking Int'l Intellectual Property, No. 6, 2000.

❖ **Scott Dodson**:

➢ Mandatory Rules, Stanford Law Review at 61 STAN. L. REV. 1 (2008).

❖ **Sergei Lebedev, Aleksander Muranov, Roman Khodykin and Elena Kabatova:**

➢ New Russian Legislation On Private International Law, Yearbook of Private International Law 2002.

❖ **Steve Abernethy:**

➢ Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems, Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003, available online:http://www.odr.info/ unece2003/ pdf/Abernethy.pdf.

❖ **Steven N. Baker:**

➢ Foreign Law Between Domestic Commercial Parties: A Party Autonomy Approach with Particular Emphasis on North Carolina Law, Campbell Law Rev.,Vol. 30.

❖ **Susan Lott, Marie Hélène Beaulieu and Jannick Desforges:**

➢ Mandatory Arbitration and Consumer Contracts, Public Interest Advocacy Centre (PIAC) and Option consommateurs 2004.

❖ **Susan Schiavetta:**

➢ Does the Internet Occasion New Directions in Consumer Arbitration in the EU?, *JILT*, n3, 2004.

❖ **Tamar Frankel**:

➢ The Common Law and Cyberspace, working paper series, public law & legal theory working paper no. 01-21, 2001, available online:http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship /workingpapers /2001.html.

❖ **Teresa Rodriguez**:

➢ Applicable law and jurisdiction in electronic contracts, e-business Issue, 2011, available online: www.emarketservices.com.

❖ **Thomas Schultz, gabrielle Kaufmann-kohler, dirk langer and Vincent bonnet:**

➢ Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues, E-Com Research Project of the University of Geneva, Geneva, 2001, availabl online: http://papers.ssrn.com /sol3/papers.cfm?abstract_id=899079.

❖ **Thomas Schultz:**

➢ Online Arbitration: Binding or Non-Binding?, Center for Information Technology and Dispute Resolution 2002,available online: http://www.ombuds.org/center/adr 2002-11-schultz.html.

➢ Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust, North Carolina Journal Of Law & Technology,(N.C. J.L. & TECH.) Volume 6, ISSUE 1: FALL 2004.

➢ An Essay on the Role of Government for ODR: Theoretical Considerations about the Future of ODR, paper work, Proceedings of the United Nations Forum on ODR, Online Dispute Resolution (ODR): Technology as the “Fourth Party”, June 30 - July 1, 2003.

❖ **Tom W. Bell:**

➢ The Common Law in Cyberspace, *michigan law reviw, vol. 97, 1999*.

❖ **Xiaohua Li**:

➢ An Empirical Study of Tradera's Reputation System, 2009, available online: http://umu.divaportal.org/smash /get/diva2:225877/ FULLTEXT01.

❖ **Youseph Farah:**

➢ Jurisdictional rules applicable to electronic consumer contracts, paper conference globalisation and harmonisation in technology law april 2006 malta, British and Irish Law Education And Technology Association (BILETA) 21st.

ثالثا: المراجع الفرنسية:

الرسائل العلمية:

❖ **Abdel Moneem Zamzam:**

➢ Les Lois de Police la Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparee Franco-Egyptienne, pour le doctorat en droit, Universte de Bourgogne, 2003

❖ **Alqudah Maen;**

➢ L'execution De Contrat De Vente Internationale De Marchandises (Etude Comparative Du Droit Francais Et Droit Jordanien), Thèse pour le doctorat en droit Universite De Reims Champagne Ardenne Faculte De Droit Et De Sciences Econmmique, 2007.

❖ **Penda Ndiaye:**

➢ Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, Maîtrise en droit, Université de Montréal 2006.

❖ **Rithy Chey**:

➢ L'arbitrage et le contrat de consommation: Le point sur l'etat du droit, Master, Université Lumière Lyon 2, 2006.

❖ **Sylyette Guillemard**:

➢ Le Droit International Prive Face AU Contrat De Vente Cyberspatial, Thèse de doctorat, de l'Université Laval Québec 2003.

الأبحاث والمقالات:

❖ **Catherine Kosma-Lacroze:**

➢ Le Droit De L'Internet, available online:http://lacroze.catherine.perso.neuf.fr/contenu/pages%20pro/droit%20informatique/droit_internet.pdf.

❖ **Eric Caprioli et Cédric Manara:**

➢ Règlement des litiges en ligne. Quelles solutions ?, Legal Biznext, octobre 2002.

❖ **Eric Caprioli:**

➢ Aperçus sur le droit du commerce électronique (international), Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Univ de Bourgogne - CNRS, Litec, 2000, vol. 20, available online: http://www.caprioli-avocats.com/commerce-electronique/18-apercu-droit-commerce-electronique .

❖ **Frédérique Sabourin**:

➢ Le contrat sans loi en droit international privé Canadien, Revue q 42 uébécoise de droit international, 2006.

❖ **Froment, Camille;**

- La loi applicable aux contrats du commerce électronique; available online; http://www.u-paris2.fr/dess-dmi/articles/memoires/PDF/camillefroment.pdf.

❖ **Godel(M.H):**

- les contrat du commerce international, Cours du Professeur Jacquet, Institut de Hautes Etudes Internationales, Genève, 2001 available online: http://www.stoessel.cli/hei/dip/contrats_commerce_international.2000/.

❖ **Hervé Jacquemin:**

- Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel, Annales de Droit de Louvain, vol. 70, 2010, no 1.

❖ **Jean-Jacques Lavenue**:

- Cyberespace et Droit International: pour un nouveau Jus Communicationis, available online: http://droit.univ-lille2.frfileadminuser_uploadenseignantslavenuecy berart .pdf.

❖ **Léna Gannagé:**

- Le contrat sans loi en droit international privé, Electronic Journal of Comparative Law (EJCL), vol. 11.3, 2000.

❖ **Martin Godel:**

- Les contrats du commerce international, available online :http://www.stoessel.chheidipcontrats_commerce_international_jacquet.pdf

❖ **Michael Joachim Bonell:**

- Règles impératives, Commentaires révisés, Article 1.4, Groupe de travail chargé de la préparation des Principes relatifs aux contrats du commerce international, Cinquième session Rome, 24 – 28 mai 2010, Etude L – Doc115.

❖ **M. Pertegás Sender**:

➢ Les Consommateurs Internautes Face Au Nouveau Droit De La Procédure Internationale: Du Régime Conventionnel Au Régime Communautaire, journal des tribunaux 17 février 2001.

❖ **Murielle Isabelle Cahen**:

➢ la formation des contrats de commerce électronique, Ratio Juris, Academic Journal ,septembre,1999

❖ **Pocar (Fausto):**

➢ La protection de la partie faible en droit international privé, R.C.A.D.I., (1984), Vol. 188 .

❖ **Rosario DuasoCalés**:

➢ La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyber consommation, 2002, available online: http://www.lex-electronica.org.

❖ **Thibault Verbiest:**

➢ Commerce électronique: loi applicable et juridiction compétente, Par le Journal du Net 10 décembre 2002,http://www.journaldunet.com/printer/juridique 021210.shtml.

❖ **Vincent Cautrais**:

➢ Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique, la revue juridique themis(R.J.T) canada, Vol 36,n°2, 2002.

❖ **Zoltan Odon**:

➢ La nouvelle réglementation hongroise du droit international privé. In: Revue internationale de droitcomparé. Vol. 32 N°1, Janvier-mars 1980.

رابعاً: التقارير الدولية:

- A short guide for business on distance selling, Published by the Office of Fair Trading, available online: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/general/oft913.pdf.
- Arrêt n° 260 du 30 novembre 2007 Rapport de Mme Monéger available online:http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/ chambres _mixtes_2740/moneger_conseiller_11031.html.
- Consume Protection Rights In Canada In The Context Of Electronic Commerce, A Report to the Office of Consumer Affairs Industry Canada, July 31, 1998.
- ECOM WORLD , searching for the wisdom of Solomon in EC Disputes, at : http//www.ecomworld.com/htmlgovern/06100,1.htm c last visited Dec.1,2000
- International Law Association The Hague Conference(2010) International Protection of consumers, Report to the Seventy-Fourth Conference of the International Law Association at The Hague (16-20 August 2010)
- Guidelines for Consumer Protection in the Context in, OECD Publications,2003.
- Principles of Consumer Protection for Electronic Commerce A Canadian Framework, Available online: http://www.bmo.com/pdf/9243741PrincipConsProt_en.pdf,
- Consumer Protection Rights In Canada In The Context Of Electronic Commerce, A Report to the Office of Consumer Affairs Industry Canada, July 31, 1998.
- Repertory of Practice of United Nations Organs Supplement No. 7, available online:http://untreaty.un.org/cod/repertory/art55/english/ rep_supp7_vol4-art55_e_advance.pdf.

❖ Mario Giuliano & Paul Lagarde: Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, Rome 1980, Official Journal of the European Communities, No C 282/1, 31. 10. 80.

❖ Report Of The Working Group, Uniform Law Conference Of Canada Civil Law Section Jurisdiction And Consumer Protection In Electronic Commerce, August 22-26, 2004, available online: http://www.ulcc.ca/en/poam2/Jurisdiction_CP_ECommerce_Enf_ Judg_Paper_ En.pdf.

❖ Report To Congress: The Anticybersquatting Consumer Protection Act of 1999,section 3006 concerning the abusive registration of domain names. Available online:http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:2oxh7M1h_MJ:www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/tmcybpiracy/repcongress.pdf.

❖ Report to the Ranking Senate Minority Member of the Joint Economic Committee International Electronic Commerce Definitions and Policy Implications, March 2002.

❖ World Intellectual Property Organization: Intellec Tual Property on The Internet: A survey of issues, WIPO/INT/02, 2002, available online:http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/pdf/survey.pdf

❖ Proposal for a council Repulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercialmatters (Com1999/348, 99/0154), on 14 July1999, available at eur-lex.europa.eu/LexUri Serv/LexUri Serv.do?uri=COM: 1999: 0348:FIN:EN:PDF,

❖ تقارير الإتحاد الدولي للاتصالات متوافر على الرابط التالي:

http://www.itu.int/ITU-D/ict/index.html.

❖ التقارير والإحصائيات الصادرة عنiresearch وهي شركة استشارية في الصين، انظر:

http://www.gspay.com/the-e-commerce-market.phpd

❖ تقرير لجنة الأمم المتحدة اليونسترال بشأن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر في إطار معاملات التجارة الالكترونية عبر الحدود الدورة الثانية والعشرون فينا ٢٠١٠م متاحة على الرابط التالي:

http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/574/08/PDF/V1057408.pdf.

❖ التقارير التي يصدرها الإتحاد الدولي للاتصالات ٢٠١٠م متاحة على الرابط التالي:

http://www.itu.int/ITU-D/ict/index.html.

خامساً: الاتفاقيات والأعمال الدولية:

❖ اتفاقية لاهاي لعام٢٠٠٥م بشأن اتفاقات اختيار القاضي، للمزيد انظر نصوص الاتفاقية على الرابط التالي:

http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37en.pdf

❖ اتفاقية لاهاي ١٩٥٥م بشأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة، تم التوقيع على هذه الاتفاقية في ١٥ يونيو ١٩٥٥م متاحة على الرابط التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=31.

❖ اتفاقية روما ١٩٨٠م الخاصة بالقانون واجب التطبيق على العقد الدولي:

Convention on the law applicable to contractual obligations, 1980, *OJ L 266, 9.10.1980, p. 1–19* , available online:http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1980:266:0001:0010:EN:PDF

❖ اتفاقية بروكسل ١٩٦٨م بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام في المسائل المدنية والتجارية:

Brussels Convention**,** of 27 September 1968: on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters,

available online: http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm.

❖ اتفاقية فينا ١٩٨٠م بشأن عقود البيع الدولي

United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (1980) Vienna, available online: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf.

❖ انظر أعمال الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٠م، متاحة على الرابط التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=926.

❖ اتفاقية لاهاي ١٩٨٦م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع:

Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, The Hague 1986, available online: http://www.hcch.net/upload/conventions/txt31en.pdf

❖ اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية راجع نصوص الاتفاقية على موقع اليونسترال على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/07-87406_Ebook_ALL.pdf.

❖ اتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي متاحة على الرابط التالي:

http://www.arbitrage.org/fr/presentation/texte_convention_euro.pdf.

❖ نصوص اليونيدروا ١٩٩٤م والتعديلات اللاحقة ٢٠٠٤م متاحة على الرابط التالي:

http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf.

❖ المبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون والتنمية بشأن حماية المستهلك الالكتروني١٩٩٩م، متاحة على الرابط التالي:

http://www.jus.uio.no/lm/oecd.consumer.protection.in.electronic.commmerce.guideline.recommendation.1999/

- توصية لجنة الأمم المتحدة اليونيسترال٢٠٠٦م في شأن تفسير المادة الثانية من اتفاقية نيويورك والمنشورة في وثائق اللجنة ٢٠٠٨م، متاح على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/1958 NYConvention_A.pdf.

- إتفاقية الأمم المتحدة ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٥م حول استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية متاحة على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452 _Ebook.pdf.

- اتفاقية الدول الأمريكية بشأن الاختصاص القضائي الدولي، متاحة على الرابط التالي:

http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_topics_cidip_vii_proposal_ consumerprotection_applicablelaw_brazil_17dec2004.htm

- اتفاقية البلدان الأمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ١٩٩٤م:

http://www.oas.org/cji/eng/ijc_current_agenda_CIDIP_V.pdf

- الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة ، الدورة التاسعة والثلاثون ١١- ١٥مارس ٢٠٠٢م، متاحة على الرابط التالي: http://www.uncitral.org/en-index.htm.

- اتفاقية فينا ١٩٨٠م بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، متاحة على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf.

- اتفاقية حماية الخصوصية في معالجة البيانات الشخصية بالطرق الآلية ١٩٨١م، متاحة على الرابط التالي:

http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm.

❖ معاهدة الوايبو بشأن حق المؤلف والحقوق المجاورة، متاحة على الرابط التالي:

http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/15550007.

❖ اتفاقية الأمم المتحدة حول استخدام الإتصالات الالكترونية في العقود الدولية٢٠٠٧م، متاحة على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.

❖ مؤتمر الدول الأمريكية على الرابط:

httpwww.oas.orgcjiengijc_current_agenda_CIDIP_VII.pdf

❖ قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الصادر في ١٢ يونيو ١٩٩٦م، النص العربي متاح على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf.

❖ قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني الصادر في ٢٥ يوليو ٢٠٠١م، النص العربي متاح على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf.

❖ إعمال منظمة التعاون والتنمية، متاحة على الرابط التالي:

http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html.

❖ الوثيقة الأوربية بشأن حماية البيانات الشخصية في ETNO Reflection Document RD342 (2011/01)، متاحة على:

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/contributions/organisations/etno_en.pdf

❖ الأعمال الدولية للجنة الاونكتاد في عام ١٩٩٨م UNCTAD/SDTE/BFB/1 متاحة على الرابط التالي:

http://r0.unctad.org/ecommerce/docs/legal1.pdf.

❖ اتفاقية لاهاي ١٩٧٨م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوكالة، راجع نصوص الاتفاقية على الرابط التالي:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89

❖ إعلان استقلال الفضاء متاح على الرابط التالي:

https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html.

❖ قواعد الوايبو للتحكيم السريع على الرابط التالي:

http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/

❖ وثائق عمل لجنة التسوية التابعة للشبكة الاوربية لتسوية المنازعات عبر الانترنت متاحة على الرابط التالي:

http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_workdoc_en.pdf.

❖ القواعد التكميلية لجمعية التحكيم الأمريكية متاحة على الرابط التالي:

http://www.adr.org/sp.asp?id=22440&printable=true.

❖ قواعد محكمة الفضاء انظر تلك القواعد على الرابط التالي:

http://www.cybertribunal.org/arbReglement.en.html.

❖ قانون التحكيم النموذجي اليونسترال بتعديلاته في ٢٠١٠م متاح على الرابط التالي:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised /arb-rules-revised-a.pdf.

❖ قواعد غرفة التجارة الدولية ICC متاحة على الرابط التالي:

http://www.iccwbo.org/uploadedfiles/court/arbitration/other/rules_arb_english(1).pdf.

❖ وثائق اليونسترال في ١٠ إبريل ٢٠٠٠م في تقرير الفريق العامل في التحكيم التجاري الدولي في دورته الثانية والثلاثين متوافر على الرابط التالي:

http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/530/62/ PDF/ V0053062.pdf.

❖ أعمال مؤتمر الأمم المتحدة ٢٠٠٣م.

Dispute Settlement International Commercial Arbitration, 5.9 Electronic Arbitration, united nations conference on tread and development, United Nations, 2003, available online: http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf.

❖ مشروع اتفاقية لاهاي١٩٩٧م والتعليق عليه في مذكرات الوايبو في الدورة الثانية جنيف نوفمبر ١٩٩٩م متاح على الرابط التالي:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/fr/sct_3/sct_3_3.doc.

سادساً: التوجيهات الأوربية:

❖ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal, L281/31, 23.11.1995.

❖ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, Official Journal, 4.6.1997, p19.

❖ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, Official Journal, L 13/12 19.1.2000.

❖ DIRECTIVE 2000/46/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 18 September 2000 on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money , Official Journal, L 275/39, 27.10.2000.

❖ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, O.J. L 167/10, 22.6.2001.

❖ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, O.J. L 372, 31.12.1985.

❖ Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, O.J. L 158, 23.6.1990.

❖ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, O.J. L 95, 21.4.1993.

❖ Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, O.J. EC No L (Legislation), Edition 280, Year 1994, p.83 – 87.

❖ Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers, O.J. L 80, 18.3.1998, p 27–31.

❖ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees Official Journal L 171 , 07/07/1999 P. 0012 – 0016.

❖ Council Directive of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, O.J. L 278, 11.10.1988.

❖ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information

society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), OJ L 178, 17.7.2000, p1-16.

- DIRECTIVE 2002/65/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, O.J. L 271/16, 9.10.2002.
- DIRECTIVE 2005/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') (Text with EEA relevance)**,** O.J. L 149/22, 11.6.2005.
- Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters Official Journal L 012 , 16/01/2001 P. 0001 - 0023, *Official Journal L 012 , 16/01/2001 P. 0001 – 0023*.
- Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), published in Official Journal of the European Union, 4.7.2008, p L 177/6.

سابعاً: القوانين الوطنية:

❖ قانون حماية المستهلك المصري الصادر في ٢٠٠٦/٥/١٩م ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٠م العدد ٢٠ مكرر.

❖ المرسوم السلطاني رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٢م بشأن حماية المستهلك الصادر في ٢٨ أغسطس ٢٠٠٢مم ونشر في الجريدة الرسمية برقم ٧٢٦ في ٢٠٠٢/٩/١م.

❖ القانون اللبناني بشأن حماية المستهلك بموجب القانون الالشتراعي رقم ١٣٠٦٨ لسنة ٢٠٠٤م نشر بتاريخ ٥ أغسطس ٢٠٠٤م.

❖ القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦م بشأن حماية المستهلك الصادر في ٢٠٠٦/٨/١٣م.

❖ القانون اليمني رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٨م بشأن حماية المستهلك ونشر في الجريدة الرسمية العدد ١٧ بتاريخ ١٥ سبتمبر ٢٠٠٨م.

❖ القانون السوري رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٨م بشأن حماية المستهلك نشر بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٠م.

❖ التشريعات الفرنسية الخاصة بحماية المستهلك:

١. قانون رقم ٧٨-٢٢ بشأن إعلام وحماية المستهلك الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨م.

٢. قانون رقم ٧٩-٥٩٦ حول إعلام وحماية المقترضين في المجال العقاري الصادر في ١٣ يوليه ١٩٧٩م.

٣. قانون رقم ٨٣-٦٦٠ الخاص بأمن المستهلك الصادر في ٢١ يوليه ١٩٨٣م.

٤. مرسوم رقم ٨٦-١٢٤٣ حول حرية الأسعار والمنافسة الصادر في ١ ديسمبر ١٩٨٦م.

٥. قانون رقم ٨٨-١٤ حول حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي وإعلام المستهلكين الصادر في ٥ يناير ١٩٨٨م.

٦. قانون رقم ٨٨-٢١ حول عمليات البيع عن بُعد الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨م.

٧. قانون الاستهلاك الفرنسي وفق النسخة الموحدة رقم ٧٣٧-٢٠١٠ الصادر في ١ /٧/ ٢٠١٠م متوافر على الرابط التالي:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000022517087&idSectionTA=LEGISCTA000006146551&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20101214.

❖ القانون الأمريكي الخاص بالتجارة الالكترونية الموحد الصادر في ٢٣ يوليو ١٩٩٩م متاح على الرابط التالي:

http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1990s/ueta99.pdf

❖ قانون التجارة الالكترونية الايرلندي ٢٠٠٠م، متاح على الرابط التالي:

http://www.ispai.ie/legal/ie/1999-ecomm-act.pdf.

❖ القانون الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الالكترونية ونشر في الجريدة الرسمية العدد ٤٥٢٤ بتاريخ ٣١/ ١٢/ ٢٠٠١م.

❖ قانون المعاملات الالكترونية البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م.

❖ قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م.

❖ قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية رقم(٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية.

❖ القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦م بشأن المعاملات الالكترونية في يناير ٢٠٠٦م ونشر في الجريدة الرسمية العدد ٤٤٢ السنة السادسة والثلاثون.

❖ المرسوم السلطاني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨م بشأن المعاملات الالكترونية في ١٧ /٥/ ٢٠٠٨م ونشر في الجريدة الرسمية برقم ٨٦٤ في ٢٠٠٨/٥/١٧م.

❖ قانون المعاملات والتجارة الالكترونية القطري رقم ١٦ لسنة ٢٠١٠، الصادر في ١٩ اغسطس ٢٠١٠م.

❖ قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، نشر في الجريدة الرسمية العدد ١٧ في ٢٢ ابريل ٢٠٠٤م.

❖ قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م.

❖ قانون التحكيم اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧م نشر في الجريدة الرسمية العدد٧ج٣ لسنة ١٩٩٧م.

❖ قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، منشور في الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٦م ص٢٨٢١.

❖ المرسوم التشريعي الجزائري رقم ٩٣-٩ الصادر في ٢٥ ابريل ١٩٩٣م المعدل للمرسوم رقم ١٥٤٠٦٦ الصادر في ٨ يونيه ١٩٦٦م بشأن قانون المرافعات.

❖ قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م نشر في الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٦م، ص٢٨٢١.

❖ قانون التحكيم الألماني لعام ١٩٩٨م والمعدل ٢٠٠١م، انظر نصوص القانون على الرابط التالي:

http://www.chamber.se/filearchive/2/21743/german%20arbitration%20act.pdf.

❖ قانون التحكيم الانجليزي ١٩٩٦م متاح على الرابط التالي:

http://www.jus.uio.no/lm/england.arbitration.act.1996/portrait.pdf.

❖ قانون التحكيم السويدي ١٩٩٩م متاح على الرابط التالي: http://www.chamber.se/?id=23746.

❖ قانون التحكيم الفرنسي في الكتاب الرابع من قانون أصول المحاكمات ١٩٨١م، متاح على الرابط التالي:

http://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/portrait.pdf.

❖ قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي وفق آخر تعديل له في ٢٠٠٢م متاح على الرابط التالي: http://www.smany.org/sma/about6-5.html.

❖ قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م والمعدل بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م، نشر في الجريدة الرسمية العدد٢٢ مكرر ٦ يونيه ٢٠٠٧م.

❖ قانون المرافعات اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م منشور في الجريدة الرسمية العدد التاسع عشر لسنة ٢٠٠٢م.

❖ القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٦م بشأن تعديل بعض أحكام قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١٩٩٢/١٠م، صدر في ٢٠٠٦/١٠/٩م ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/١٢م العدد ٤٥٥.

❖ القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، نشر في الجريد الرسمية في ٢٩ يونيه ١٩٤٨م العدد ١٠٨ مكرر السنة ١١٩.

❖ القانون المدني للجمهورية اليمنية رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م الصادر في ١٠ إبريل ٢٠٠٢م.

❖ الباب العاشر من القانون المدني لإقليم الكيبك منشور على الرابط التالي:

http://www.avocat.qc.ca/english/index.htm

❖ المبادئ العامة للقانون المدني لجمهورية الصين الشعبية ١٩٨٦م.

❖ مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٩٨-٩٧ من ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨م.

❖ القانون الدولي الخاص السويسري ١٨ ديسمبر ١٩٨٧م في أحدث تعديلاته ٢٠٠٧م متوافر على الرابط التالي:

http://www.umbricht.com/eng/frameset4.asp?status=1&id=358&user=guest.

❖ القانون الدولي الخاص التركي نشر في الجريدة الرسمية ٢٨ نوفمبر ٢٠٠٧م العدد ٨٧١٨، النسخة بالانجليزية نشرت في الكتاب السنوي للقانون الدولي الخاص المنشور بالتعاون مع المعهد السويسري للقانون المقارن ٢٠٠٧م المجلد التاسع، ص٥٨٣.

❖ القانون الدولي الخاص الفنزويلي نشر في الجريد الرسمية العدد ٥١١/٣٦، ٦ اغسطس ١٩٩٨م النسخة بالانجليزية نشرت في الكتاب السنوي للقانون الدولي الخاص ١٩٩٩م منشورة بالاشتراك مع المعهد السويسري للقانون المقارن، سويسرا، ص٣٤١- ٣٥٢.

ثامناً: المواقع المتخصصة:

❖ موقع محكمة النقض الفرنسية

http://www.courdecassation.fr/

❖ موقع تنشر عليه جميع الأحكام الصادره عن المحاكم الكندية

http://www.canlii.org/

❖ المعهد البريطاني للقانون المقارن

http://www.biicl.org

❖ موقع كويستا أكبر موقع للحصول على الكتب القانونية بجميع اللغات

http://www.questia.com/

- موقع مارتينوس، يحوي المكتبة القانونية، كتب وأبحاث

http://nijhoffonline.nl/public_home

- موقع مميز يحوي العديد من المجلات المتخصصة في مختلف المجالات بروابط تحميل مباشر

http://www.eurojournals.com/

- موقع جستور من أهم المواقع في مجال الأبحاث القانونية

http://www.jstor.org/

- موقع مجلة كامبرج

http://journals.cambridge.org/action/login

- موقع اسبرنج لينك، من أهم المواقع في البحث القانوني

http://link.springer.com/

- موقع SSRN من أهم المواقع البحثية التي تقدم الأبحاث القانونية وغيرها

http://link.springer.com/

- موقع إتحاد الناشرين الدوليين من أهم مواقع نشر الكتب والمجلات في العالم

http://www.internationalpublishers.org/

- موقع يعرض القوانين الفرنسية

http://www.legifrance.gouv.fr/

- موقع lexisnexis من أهم المواقع الذي تنشر عليه الأبحاث والتعليقات على الأحكام في كندا

http://www.lexisnexis.ca/en-ca/home.page

- موقع يقدم القانون المدني لإقليم الكيبيك الكندي مع التعليقات والاحكام القضائية

http://ccq.lexum.org/ccq/

- شبكة المحامين العرب

http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=HP

- موقع مجلة جامعة مونتريال

http://www.lex-electronica.org/fr/

❖ موقع جيجيا بيديا، من أهم المواقع التي تقدم الكتب المجانية

http://gigapedia.info/

❖ موقع محكمة العدل الأوربية

http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/index.htm

❖ موقع المكتب الفدرالي للعدل السويسري يقدم جملع من القوانين والأبحاث المتخصصة

http://www.bj.admin.ch/bj/en/home.html

❖ موقع رابطة الدول الأمريكية

http://www.oas.org/en/default.asp

❖ مركز النشر العلمي بجامعة كالفورنيا

http://escholarship.org/

❖ موقع heinonline من أهم المواقع البحثية وخصوصاً في مجال القانون

http://home.heinonline.org/

❖ شبكة قوانين الشرق

http://www.eastlaws.com/

❖ موقع مكتبة ويلي أون لاين، يضم أبرز المجلات القانونية المتخصصة

http://onlinelibrary.wiley.com/

❖ موقع wiktionary، من أهم المواقع لترجمة الاختصارات

http://en.wiktionary.org/wiki/Wiktionary:Main_Page

❖ موقع safe net متاح على الرابط: http://www.safenet-inc.com/

❖ الشبكة الأوربية لحماية المستهلك انظر رابط الشبكة:

http://www.konsument.gov.pl/.

❖ معهد التحكيم في غرفة تجارة ستوكهولم متاح على الرابط التالي:

http://www.sccinstitute.com/

❖ مركز التحكيم الالكتروني Cyber Tribunal التابع لجامعة مونتريال بكندا، متاح على الرابط: http://www.cybertribunal.org/index.en.html.

❖ مركز Virtual Magistrate في الولايات المتحدة الأمريكية، متاح على الرابط:

http://vmag.law.vill.edu:8080/

❖ جمعية التحكيم الأمريكية AAA Online Arbitration Supplementary Procedures، متاح على الرابط: http://www.adr.org/drs.

❖ موقع إيموتا لتقديم علا مات الثقة انظر الموقع التالي:

http://www.emota.eu/consumer-trust.html.

❖ موقع Webtrader انظر الموقع على الرابط التالي:

http://www.webtrader.com/

❖ موقع Truste انظر الموقع على الرابط التالي: http://www.truste.com/

❖ موقع Syberconsumer انظر الموقع على الرابط التالي:

http://kenostar.edublogs.org/

❖ مركز E-bay وذلك من خلال الرابط التالي: http://www.ebay.com/.

❖ ومركز quickstores وذلك من خلال الرابط التالي:

http://www.quickstores.us/us/.

❖ المراكز التي تتعامل بنظام القائمة السوداء، موقع: http://badbusiness.org/

❖ موقع محكمة الفضاء التابعة لجامعة مونتريال الكندية:

http://www.cybertribunal.org

المحتويات

الفصل التمهيدي
ماهية المستهلك ومعايير دولية عقود المستهلكين الالكترونية

الباب الأول
حماية المستهلك الالكتروني من خلال مناهج القانون الدولي الخاص

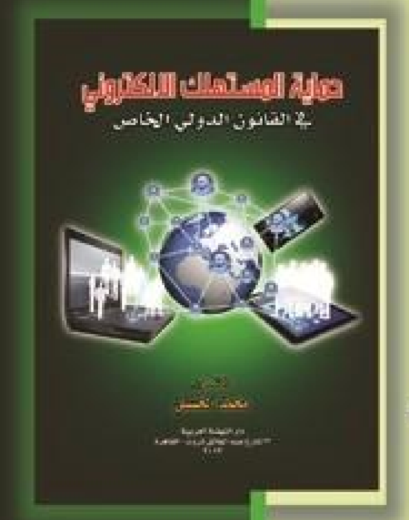
الفصل الأول
حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية قاعدة الإسناد

الفصل الثاني
حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية القواعد الموضوعية

الباب الثاني
حماية المستهلك الالكتروني من خلال وسائل تسوية المنازعات

الفصل الأول
حماية المستهلك الالكتروني من خلال قواعد الاختصاص القضائي

الفصل الثاني
حماية المستهلك الالكتروني من خلال التحكيم الالكتروني



- التعريف بالمستهلك الالكتروني - الملامح العامة لحماية المستهلك الالكتروني
- تعريف المستهلك الالكتروني - خصائص عقود المستهلكين الالكترونية
- معيار دولية عقود المستهلكين - تسوية منازعات المستهلكين الالكترونية
- حماية المستهلك الالكتروني من خلال قواعد الاختصاص القضائي:

الاختصاص التقليدي - الاختصاص الحديث

- ضابط موطن المستهلك
- حماية المستهلك الالكتروني من خلال التحكيم الالكتروني:

ماهيته- مزاياه- آليته- مدى ملاءمته لتسوية منازعات المستهلكين الالكترونية

- حماية المستهلك الالكتروني من خلال مناهج القانون الدولي الخاص
- حماية المستهلك الالكتروني بمنهجية قاعدة الإسناد:

مبدأ سلطان الإرادة - قواعد الإسناد التقليدية - قواعد الإسناد الملائمة لحماية المستهلك

- قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك - القانون الأكثر حماية للمستهلك.
- حماية المستهلك بمنهجية القواعد الموضوعية:

النظام العام- قواعد البوليس- القواعد الموضوعية الالكترونية.


I.S.B.N
978-977-04-7275-0
9789770472750

SAMER's des

